INFORME ANUAL 2011

SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE



Informe Anual 2011
Situación de los Derechos Humanos en Chile

Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
Luis Eugenio Díaz Corvalán
Sergio Fuenzalida Bascuñán
Roberto Garretón Merino
Claudio González Urbina
Luis Hermosilla Osorio
Enrique Núñez Aranda
Manuel Núñez Poblete
María Luisa Sepúlveda Edwards

Lorena Fries Monleón
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Equipo de trabajo INDH
Unidad de Estudios
Silvana Lauzán
Federico Aguirre Madrid
Juan Pablo González Jansana
Gloria Maira Vargas

Unidad de Educación
Enrique Azúa Herrera
María de los Ángeles Villaseca Rebolledo

Colaboración INDH
Viviana Cáceres Draper
Catalina Navarro Politzer
Paula Salvo del Canto

Diseño
Irene Cepeda
Winnie Dobbs

Fotografía
Enrique Cerda
Catalina Navarro
Kena Lorenzini
Ginette Joignant
Fernando Espina
Ximena Zavala

Impresión
Andros Impresores

ISBN: 978-956-9025-03-7
Registro de Propiedad Intelectual N° 211.806

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN AL INFORME ANUAL 2011

EL AÑO EN CONTEXTO

El 2011 pasará a la memoria de los chilenos y chilenas como el año en que emergieron demandas y reivindicaciones de derechos humanos en distintos ámbitos y desde distintos actores políticos y sociales. Todas ellas han tenido la particularidad de contribuir a una mayor conciencia sobre lo que es vivir en comunidad y sobre lo que significa la discriminación en el goce y ejercicio de derechos.

El año comenzó con las consecuencias del lamentable incendio en diciembre de 2010 de la Torre 5 del Centro de Detención Provisional de San Miguel, donde murieron 81 personas que se encontraban privadas de libertad. Las indignas condiciones carcelarias en que viven cerca de 54.000 personas en Chile así como la ausencia de una política pública que les permita reintegrarse a la sociedad una vez que cumplen sus condenas, se evidenció, a través de esta tragedia, como una de las situaciones graves de derechos humanos que afectan a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad chilena.

Por otra parte, se reactivaron las demandas en el ámbito de la educación, las que lograron imponer en la sociedad y la institucionalidad política un renovado debate sobre las desigualdades existentes en este ámbito, y abrir una discusión sobre el modo en que debe ser garantizado el derecho a la educación en el país, así como sobre el rol de los distintos actores involucrados en este proceso.

Las diversas y masivas manifestaciones han dejado ver una nueva realidad, cual es que la ciudadanía quiere ser un actor relevante en la definición de las prioridades del país y en las soluciones a los problemas de desigualdad que nos afectan.

No obstante, en este contexto se produjeron también condenables hechos de violencia por parte de sectores minoritarios y abusos de poder por parte de Carabineros hacia las personas que se manifestaban los que, en algunos casos inclusive, derivaron en denuncias de tortura. Ello abrió un fuerte debate en relación al actuar de Carabineros, sobre la tensión existente entre la idea de orden público imperante y el ejercicio del derecho a la manifestación, y reflejó la urgente necesidad de cumplir con la obligación contraída por el Estado de Chile de crear un mecanismo nacional de prevención contra la tortura.

Durante este año también cuatro comuneros mapuche realizaron una huelga de hambre de más de 87 días reivindicando un juicio justo en contraposición a la utilización de la ley antiterrorista bajo la que se llevó a cabo la investigación que permitió su condena. Una sentencia de reemplazo de la Tercera Sala de la Corte Suprema, producto de una acción de nulidad presentada por la defensa, bajó las penas de manera significativa. A la base de estos juicios se encuentra la legítima reivindicación de los pueblos indígenas por la restitución de sus tierras ancestrales y derechos políticos, cuestión que exige por parte de todos los actores políticos e institucionales una nueva mirada que garantice las obligaciones jurídicas contraídas por el Estado de Chile en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de los esfuerzos –con distinto grado de éxito– de los distintos poderes del Estado, sigue pendiente la creación de un mecanismo de consulta que resulte legítimo para las comunidades indígenas. En este sentido, la suspensión del proceso de consulta por parte del gobierno en búsqueda

de mayores acuerdos sobre el procedimiento y su discusión en el Parlamento pueden constituir un primer paso. Por su parte, existen en el Poder Judicial ejemplos de fallos que han dado adecuada garantía a los derechos de los pueblos, no obstante otros desconocen los compromisos internacionales del Estado en esta materia, por ejemplo, en el ámbito medioambiental. Las acciones que desde diferentes instancias del poder público se han implementado en relación a los pueblos indígenas constatan la dificultad que aún existe para construir relaciones de confianza entre los pueblos y el Estado.

En Chile no hay terrorismo. No obstante, este año, la Ley Antiterrorista fue invocada nuevamente por el Ministerio Público, esta vez para procesar a 16 personas mayoritariamente jóvenes, algunas de las cuales se decían anarquistas, acusadas de detonar artefactos explosivos en la capital. Una vez más, la ley mostró en su aplicación que resulta incompatible con las garantías del debido proceso. En octubre de 2011, después de seis meses de prisión preventiva en cárceles de máxima seguridad el caso dio un giro al dictarse respecto de uno de los principales delitos perseguidos por el Ministerio Público –asociación ilícita terrorista– sobreseimiento definitivo para 12 de estas personas.

El 17 de agosto terminó el trabajo que la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Victimas de Prisión Política y Tortura realizó durante 18 meses en relación con los crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. En total, 9.800 víctimas de prisión política y tortura y 30 víctimas de desaparición forzada y ejecución política fueron reconocidas y dignificadas, dando un paso más en el proceso de reparación integral a que el Estado de Chile se ha comprometido.

Sin perjuicio de este avance, los hechos de especial connotación pública a lo largo del año, al igual que los ocurridos en otros ámbitos que se analizan en este documento, reflejan importantes deudas pendientes de la democracia en el país, y marcan la necesidad de transitar hacia una nueva etapa de la democracia chilena que dé cuenta de su pasado pero también de los desafíos que se abren a futuro. Este segundo momento está relacionado con la necesidad de profundizar la democracia sobre la base de los avances institucionales y –en algunos casos– sustantivos logrados en la primera etapa postransicional. Este diagnóstico es respaldado por las percepciones de la ciudadanía plasmadas en la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos desarrollada por el INDH este año. Entre sus datos, la encuesta muestra que prevalece una amplia percepción de desigualdad e injusticia sobre el actual estado de cosas. Un 75% de la ciudadanía cree que en Chile la ley no se aplica a todas las personas por igual; un 85% considera que en Chile el derecho a una atención de calidad en salud depende de cuánto se pueda pagar. Un 77% percibe que la principal causa de la desigualdad social en el país es la mala calidad de la educación. En relación al trabajo, el 67% de las personas considera que en el país no se respetan los derechos laborales y un 66% considera que si se defienden los derechos laborales se puede perder el trabajo.

Estos datos constituyen una elocuente señal del malestar presente y del peso que estos problemas tienen para una buena parte de la población, para la cual los avances en materia democrática logrados hasta hoy ya no son suficientes. La ciudadanía da cuenta en estos resultados de la percepción de una brecha injustificable entre lo que hay y lo que debiera haber, lo que acentúa la necesidad de que el Estado brinde respuestas adecuadas acorde a las obligaciones que tiene en materia de derechos humanos.

El concepto de democracia ha sido revisado en las últimas décadas con el fin de ampliar la concepción presente en los análisis tempranos de estos sistemas, donde la definición se restringía a la forma en que son elegidas las autoridades y a la representación política institucionalizada, esto es, a la consecución de la democracia representativa como un fin en sí mismo. La teoría democrática postransicional ha ampliado la definición de democracia frente a la evidente limitación para explicar la insatisfacción con la misma si sólo se contemplan los procesos formales de acceso al poder. Así, el análisis sobre la democracia incorpora actualmente dimensiones relacionadas con la participación de la ciudadanía en el diseño, implementación y control de políticas, ampliando su campo de actuación más allá de las instancias electorales, y relevando su contribución en el sistema. También introduce consideraciones relativas a los niveles de democraticidad del Estado y la reivindicación de una ciudadanía integral sin

ciudadanos de primera categoría y otros de segunda. Una contribución en este ámbito ha ido en dirección a visibilizar que la condición de ciudadana y ciudadano puede materializarse o no, dependiendo de cuán acabadamente se garanticen los derechos.

Las disputas presentes en la vida democrática de un país dicen relación con las pugnas por el reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad, la redistribución de recursos y de poder. En este sentido, los derechos humanos aportan un fundamento insoslayable a la hora de prevenir que las políticas, planes o programas afecten a grupos y personas a niveles que se considerarían inadmisibles desde el punto de vista del resguardo de su dignidad. En este sentido, el marco de los derechos humanos impone límites claros a los grados de desigualdad tolerables de acuerdo con los imperativos de la ética política democrática en la cual estos derechos se inscriben.

Profundizar la democracia es un desafío estrechamente ligado a las obligaciones del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. La obligación de respetar los derechos humanos supone que el Estado se abstenga de realizar cualquier acción que pueda vulnerar los derechos de las personas. La obligación de proteger requiere que el Estado tome medidas para prevenir que terceros afecten los derechos humanos de las personas. En tercer lugar, que el Estado garantice los derechos humanos implica que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos, para lo cual es necesario que se tomen medidas de distinto tipo que lo hagan posible. Estas obligaciones operan por igual sobre los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, y han sido reconocidas y aceptadas por el Estado de Chile al ratificar los distintos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos vigentes en el país.

Las formas en que el Estado puede cumplir con estas obligaciones son variadas. En general, tanto la garantía de los derechos civiles, como de los políticos y económicos, sociales y culturales requiere de una combinación de medidas administrativas, legales, y financieras, para las cuales el sistema internacional ha planteado plazos y requisitos concretos. Así, el sistema judicial juega un rol central en materia de justiciabilidad de los derechos, pero otras instituciones cobran especial fuerza en el ámbito del diseño e implementación de políticas que contribuyen tanto a prevenir vulneraciones de derechos como a garantizarlos a través de la provisión de servicios concretos.

La diversidad de ámbitos en que las personas invocan la necesidad de protección de sus derechos humanos por parte del Estado refleja hasta qué punto el derecho de los derechos humanos ha ampliado las fronteras del resguardo de la dignidad humana. En estas materias es posible reconocer el rol insustituible del Estado como garante de los derechos y libertades de las personas. Si bien el rol del Estado ha sido –y todavía es– materia de importantes discusiones a la luz de las experiencias históricas, lo cierto es que un Estado fuerte y eficiente, con un rol activo en los asuntos públicos, es una condición indispensable para que la democracia funcione de manera aceptable. Desde el punto de vista de los derechos humanos, este es un requisito cuya relevancia es necesario destacar, en un contexto donde el débil rol del Estado en garantizar servicios básicos de calidad, así como en la regulación y control de algunos sectores de la economía, ha llevado a situaciones de profunda injusticia social y vulneraciones de derechos frente a las cuales la ciudadanía reclama hoy.

Al mismo tiempo, poder cumplir de manera adecuada con las obligaciones de respeto, protección y garantía de derechos requiere de una estructura institucional robusta, cuyas atribuciones y recursos permitan cumplir con los mandatos en este ámbito de forma efectiva. En este marco, tal como destacó el Informe 2010, distintos hitos como la creación del Museo de la Memoria y del propio Instituto Nacional de Derechos Humanos dan cuenta de avances en este plano, pero aún queda pendiente la aprobación de importantes instituciones como una Defensoría del Pueblo u Ombudsperson que pueda desarrollar adecuadamente estrategias de litigio para la defensa de los derechos, así como la postergada aprobación de la ley antidiscriminación, la creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y la ratificación de instrumentos internacionales pendientes, entre los que se destaca el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como "Protocolo de San Salvador".

La reciente aprobación en segundo trámite de la Ley Antidiscriminación da cuenta de un punto de inflexión en la sociedad chilena que pasa de una concepción homogeneizante de grupos y personas a una que abre espacios de validación y reconocimiento de la diversidad de nuestro país. Después de seis años en el Congreso, el país está ampliando a través de este proceso la matriz de igualdad existente hasta el momento, dando debido reconocimiento y resguardo a la diversidad de personas en sus derechos. La discusión de este proyecto a lo largo del año se centró fuertemente en las categorías sospechosas, en particular, si debe incluirse o no el concepto de orientación sexual e identidad de género. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado se abrió a recibir a diversas organizaciones sociales y religiosas con el fin de precisar los alcances de la redacción del articulado, y algunas exposiciones dieron cuenta de la desinformación y prejuicios que persisten en algunos sectores de la población en relación, particularmente, con la población con orientación sexual o identidad de género diversa. El INDH planteó, por su parte, la necesidad de que la ley contenga explícitamente las categorías que refieren a estos grupos, cuya discriminación requiere ser visibilizada, y que constituye justamente uno de los puntos álgidos del debate.

Uno de los requisitos fundamentales del actuar del Estado se refiere a la necesidad de que el mismo cumpla con estándares de transparencia y acceso a la información. Por un lado, la transparencia mejora las posibilidades de que –a través de la rendición de cuentas– la opinión pública conozca lo que el Estado y el gobierno deciden e implementan, cuándo y por qué. Estos requisitos permiten exponer el proceder gubernamental a la luz pública, y tienen para los derechos humanos una importancia fundamental, en términos de facilitar el conocimiento respecto a cómo se utilizan los recursos públicos, con qué criterios se decide destinarlos a cada cosa, entre otros. Un buen ejemplo de su importancia se da, cada año, durante la discusión del presupuesto público. Un desglose claro y suficiente del mismo es el que permite conocer cuántos recursos serán destinados, por ejemplo, a la educación el año que viene, y también hacer un seguimiento a quien recibe los mismos. En relación con el acceso a la información pública, el fallo de la Corte IDH contra Chile en el año 2006 aceleró el proceso que venía siendo impulsado desde las organizaciones de la sociedad civil, a los fines de que el país regule de modo adecuado este derecho con una importancia transversal para el ejercicio de otros derechos. La ley sobre transparencia y acceso a la información pública y la creación del Consejo para la Transparencia han dado un renovado apoyo a un ámbito de fundamental importancia para los derechos humanos. Esta dimensión juega un rol central en numerosos apartados de este Informe, los cuales señalan problemas en una de las dimensiones asociadas, esto es, en relación a la producción de información. En ámbitos tan distintos y sensibles como el trabajo infantil o la violencia contra las mujeres existe hoy insuficiente información a los fines de poder hacer diagnósticos adecuados, diseñar políticas específicas, y dar garantías de protección. Los requisitos referidos a que la información sea completa, clara y oportuna también tiñen el ejercicio de derechos, especialmente en el ámbito de los conflictos medioambientales, en donde la información entregada por parte del Estado es en ocasiones de tan alta complejidad técnica que hace imposible su comprensión por parte de la población no especializada, en particular, de aquellas que están expuestas a ser vulneradas en sus derechos por afectaciones al medio ambiente.

El incumplimiento de obligaciones por parte del Estado en materia de derechos humanos queda expuesto a eventuales sanciones en el sistema regional e internacional de justicia. Este año, el Caso de la jueza Karen Atala, a quien se le sustrajo, por resolución judicial, la tuición de sus hijas por su condición de mujer lesbiana, como lo señala este informe, fue analizado por la Corte IDH y se espera sentencia para el año que viene. Además, otro caso que estaba siendo revisado por la Comisión IDH desde el 2006, referido a la aplicación de la Ley Antiterrorista contra comuneros mapuche en el marco de las reivindicaciones de sus derechos sobre tierras ancestrales fue presentado ante la Corte IDH durante el 2011. En estos casos la vulneración de derechos ha sido producto del fracaso del Estado en su obligación de garantía, respeto y protección. Finalmente, organizaciones de defensa de derechos humanos de mujeres y de los pueblos indígenas presentaron un nuevo caso a consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con

motivo de la condena a Gabriela Blas, una pastora aymara que fue sentenciada a 12 años de prisión por la muerte de su hijo de 3 años de edad, arriesgando una nueva condena internacional.

Otra dimensión relevante de las obligaciones internacionales del Estado dice relación con la presentación de informes periódicos ante los comités u órganos de control de tratados, que den cuenta de los avances y retrocesos en distintas materias de derechos humanos. Este año, el Estado presentó su informe ante el Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias que supervisa el cumplimiento de la Convención del mismo nombre y que Chile ratificó en el 2005. En esta oportunidad, el INDH presentó un Informe Complementario, señalando algunas preocupaciones que son analizadas en el apartado referido a los derechos de las personas migrantes, fundamentalmente centradas en la discriminación a la que esta población está expuesta actualmente en el país.

Finalmente, es necesario aludir al rol determinante que tiene la diversidad de organizaciones de la sociedad civil en el proceso de profundización democrática en el país. Es a través de estas organizaciones e instituciones, en su amplia diversidad de temas y posiciones ideológicas, que es posible enriquecer el debate público, más allá de lo que las instituciones de la democracia formal permiten discutir. Estas organizaciones, de cuyas contribuciones se da cuenta en numerosos apartados de este Informe, son centrales a la hora de garantizar que las políticas integren diversas perspectivas respecto a las necesidades de políticas, contribuyan con experiencias y conocimientos específicos en las materias que les afectan, y aporten al control de la gestión pública mejorando los estándares de transparencia. Chile posee déficits importantes en materia de participación ciudadana, en la medida que el sistema ha incorporado escasamente la voz de la ciudadanía en los procesos de gestión. Subsisten en este campo prejuicios en relación a la falta de saberes, las dificultades de los procesos o los riesgos de ampliar la participación que es necesario superar. Esto resulta una obligación especialmente relevante en el caso de los pueblos indígenas, frente a la cual el Estado ha asumido compromisos concretos que tiene el deber de cumplir. En este ámbito, el INDH busca construir, como parte esencial de su quehacer, relaciones de colaboración con las organizaciones existentes en diferentes regiones del país, las que cumplen una función central en el avance de la profundización democrática.

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

El Informe Anual 2011 abarca el periodo entre diciembre del año 2010 y el 31 de octubre de 2011.

En relación al diseño metodológico general del informe, parte de la base que la realización de un análisis comprehensivo sobre la situación de los derechos humanos requiere considerar, por un lado, la normativa y jurisprudencia local, y las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, y por otro, contemplar los diseños institucionales, las prácticas informales que operan en cada ámbito, y el contexto político que enmarca los procesos sociales. En su conjunto, estos componentes permiten configurar un cuadro con mayores herramientas para abordar la situación de los derechos humanos de forma integral, considerando su universalidad, interdependencia e indivisibilidad.

En la perspectiva de desarrollar un análisis integral, se consideraron las opiniones de organizaciones sociales y de la sociedad civil sobre los distintos derechos analizados, en tanto actores directos en dichos ámbitos, y en la medida que la perspectiva de derechos busca visibilizar la voz de las personas directamente involucradas en los procesos, sin intermediarlas. También constituyeron elementos centrales para el análisis el acceso a información pública y la rendición de cuentas que realizan las instituciones.

Las fuentes de información utilizadas han sido formales (de instituciones públicas: respuestas a oficios, sentencias, cuentas públicas de instituciones, proyectos de ley), no formales (Universidades, organizaciones no gubernamentales, Centros de estudios: informes, estudios, textos teóricos y de análisis), e informales (prensa escrita y electrónica). Junto con ello el INDH realizó una encuesta de opinión representativa a nivel nacional que permitió establecer una línea base sobre la percepción que tienen los chilenos y chilenas en materia de derechos humanos.

Cada apartado contiene un análisis normativo de la situación referida al derecho bajo análisis, el que es contrastado con normas y jurisprudencia regional e internacional en materia de derechos humanos. Adicionalmente, los apartados revisan acontecimientos, políticas o prácticas de las que haya que dar cuenta en el marco de lo ocurrido en el período bajo análisis.

En el caso de los capítulos sobre derecho al trabajo y derechos laborales, y el de derecho a la salud, parte de su contenido es producto de un trabajo de investigación más amplio que se está desarrollando. El INDH identificó el campo de los derechos económicos, sociales y culturales como una de sus áreas prioritarias de trabajo en el corto, mediano y largo plazo. Esto responde a la necesidad de "que los derechos económicos y sociales sean considerados como tales, y por tanto justiciables. Se trata de un reto de enorme magnitud que requiere, por una parte, definiciones concretas y garantías adecuadas que aseguren su ejercicio real y, por otra, de mecanismos eficaces que permitan reclamar su cumplimiento" (Informe 2010).

Adicionalmente, esto busca cumplir con parte de los mandatos esenciales de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos referidos a la necesidad de que éstas promuevan formas de difundir la existencia y medir el debido respecto, protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales por parte del Estado, diseñando para ello estrategias y herramientas diversas. En Chile, actualmente, si bien se cuenta con información que permite evaluar ciertos aspectos de los derechos en materia de salud y laboral, no existe un esfuerzo concreto por generar herramientas de medición desde una perspectiva de derechos humanos. A ello pretende contribuir el INDH. Así, a lo largo del año se desarrolló un estudio cuyo objetivo inicial fue la elaboración de un diagnóstico sobre los principales problemas en el campo del derecho a la salud y del trabajo, a los fines de avanzar en una segunda etapa, a partir del 2012, en la elaboración e implementación de indicadores que permitan medir el avance o retroceso de estos derechos en el país. Esta primera etapa concluyó exitosamente, y con el fin de contribuir a la garantía integral de los derechos económicos, sociales y culturales en el país, el INDH continuará con este estudio a lo largo del 2012.

EL CONTENIDO DE ESTE INFORME

El presente Informe está organizado alrededor de 5 secciones temáticas: i) circunstancias de especial connotación pública a lo largo del año 2011, ii) acceso a la justicia, iii) derechos económicos, sociales y culturales, iv) igualdad y no discriminación, y v) violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos entre 1973 y 1990.

Las circunstancias de especial connotación pública a lo largo de este año refieren, en un primer apartado, al análisis de la situación carcelaria en que se encuentran las personas privadas de libertad. El capítulo se concentra en la situación normativa y en las condiciones carcelarias existentes, señalando las medidas propuestas en este ámbito para mejorar dichas condiciones. El segundo apartado se enfoca en los derechos de los pueblos indígenas, en particular analizando tanto la situación normativa como las dificultades en el proceso de concreción del derecho a consulta, las demandas de tierras, territorios y recursos naturales, la situación del pueblo Rapa Nui y las vulneraciones a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes indígenas. El tercer apartado se refiere al derecho a la educación, cuyo contenido ha sido debatido ampliamente este año, especialmente en relación al rol del Estado a la hora de garantizar su ejercicio en igualdad de condiciones. Las movilizaciones que han tenido lugar, especialmente en relación con estas demandas, y el actuar de Carabineros son analizados en el cuarto apartado.

La segunda sección referida al acceso a la justicia comienza con un capítulo referido a los resultados de un estudio piloto y parcial realizado por el INDH sobre el acceso y la efectividad de los recursos de protección y amparo para la defensa de los derechos humanos, en dos Cortes de la Región Metropolitana. El segundo apartado revisa la situación de la justicia militar, a la luz de las últimas modificaciones y los cambios pendientes. El tercero ofrece un análisis normativo de la ley antiterrorista en base a los estándares internacionales en la materia, y analiza su aplicación contra integrantes del pueblo mapuche y en el "caso bombas". El cuarto apartado analiza algunas dimensiones del acceso a la justicia para las mujeres, en particular el tratamiento judicial de los casos de violencia intrafamiliar y femicidio, el delito de abuso sexual contra mujeres detenidas en dictadura, y el caso de la pastora aymara condenada a 12 años de prisión por la muerte de su hijo de 3 años de edad.

En el capítulo sobre derechos económicos, sociales y culturales se analiza la situación normativa y los problemas particulares en el ámbito del derecho al trabajo y los derechos laborales, el derecho a la salud, y a un medio ambiente libre de contaminación. En el caso de los derechos laborales, se revisan las condiciones para el ejercicio de derechos colectivos tales como la sindicación, la negociación colectiva y la huelga. En el caso del derecho a la salud, el apartado profundiza sobre algunas situaciones de desigualdad e inequidad en salud que afectan especialmente a mujeres, personas de escasos recursos y pueblos indígenas. Por último, en el apartado referido al medio ambiente se da cuenta de la institucionalidad en la materia y se revisan algunos importantes conflictos medioambientales, los que dan cuenta de la diversidad de problemas en ámbitos distintos en esta materia.

Seis apartados conforman el capítulo sobre igualdad y no discriminación. En todos ellos se realiza al inicio un análisis normativo de la situación, para luego, revisar acciones y hechos específicos. El primer apartado se focaliza en la situación de las personas con necesidades especiales, analizando algunas medidas de accesibilidad implementadas, así como el ejercicio de derechos en ámbitos referidos al trabajo y la educación. El segundo apartado analiza la situación de las personas adultas mayores, poniendo el acento en la política pública existente en este campo, así como a las situaciones de maltrato de las que hay registro. El tercer apartado se refiere a los derechos de las personas migrantes, y se revisan las dificultades normativas y de política pública –particularmente en los ámbitos de la salud, el trabajo y la educación- que afectan el pleno ejercicio de sus derechos en el país. El cuarto apartado aborda algunos aspectos que impactan los derechos de la población de orientación sexual e identidad de género diversa, como la ley antidiscriminación, el proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja y el Caso de Karen Atala. Finalmente, el quinto apartado analiza la situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en los ámbitos referidos a las denuncias por maltrato, trabajo infantil, y la aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

En relación con las violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos en el período de 1973 a 1990 el capítulo repasa las instancias institucionales de búsqueda de la verdad, considera las sentencias de la Corte Suprema en relación a los juicios seguidos por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, la situación del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso Almonacid, y el trabajo realizado por el Servicio Médico Legal en atención al reconocimiento de restos de las víctimas desaparecidas o ejecutadas. Adicionalmente, revisa el desarrollo de las principales políticas de reparación individual desarrolladas por el Estado en orden a dar cumplimiento a su obligación en esta materia, entre otras, la labor de la Comisión Asesora Presidencial para la calificación de detenidos desaparecidos, ejecutados políticos y víctimas de prisión política y tortura que entregó su informe en agosto de este año.

Al final de los capítulos se presenta el apartado de recomendaciones al Estado, en distintos ámbitos, a los fines de dar cabal cumplimiento a sus obligaciones de garantía en materia de derechos humanos.

Finalmente, la última sección presenta un informe de gestión que tiene como propósito rendir cuentas e informar respecto a las actividades y la gestión institucional del INDH a lo largo del año.

Circunstancias de **especial connotación** pública a lo largo del año

1. Derechos de las Personas Privadas de Libertad
2. Derechos de los Pueblos Indígenas
3. Derecho a la Educación
4. Derecho a la Manifestación

INTRODUCCIÓN

A continuación se presentan cuatro apartados en donde se abordan ámbitos diferentes de la coyuntura del año 2011, que han sido de especial preocupación para el INDH. El primero se refiere a los derechos de las personas privadas de libertad, el segundo a los derechos de los pueblos indígenas, el tercer apartado analiza el derecho a la educación, y el último hace referencia al derecho a la manifestación.

En ellos se analiza la normativa nacional a la luz de los estándares de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. También se focalizan problemas específicos que han sido especialmente relevantes en este período, intentado dar cuenta en la medida de lo posible, del entramado complejo de situaciones que redundan en la vulneración de los derechos de las personas. Finalmente, al final de este Informe se plantean recomendaciones específicas para el Estado en estos ámbitos, que apelan a sus obligaciones en materia de derechos fundamentales.

1

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD



1

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

ANTECEDENTES

El último año ha sido uno de los más trágicos en la historia del sistema carcelario en Chile. El incendio que provocó la muerte de 81 internos, ocurrido en el Centro de Detención Preventiva (CDP) de San Miguel en diciembre del año 2010, confirmó el diagnóstico sobre las indignas condiciones carcelarias existentes en diferentes penales del país. A la fecha de dicho accidente, el CDP tenía una población de 1.875 internos, con una infraestructura para 632 personas, es decir, un 197% de sobrepoblación[1]. Diversas investigaciones posteriores han evidenciado las precariedades del CDP de San Miguel y cómo, a pesar de haberse advertido tal situación, las medidas correspondientes no fueron adoptadas a tiempo, las que hubiesen podido evitar o al menos disminuir la tragedia.

En este contexto reaparecen preguntas relevantes que interpelan a una diversidad de actores, desde las autoridades de gobierno y el Congreso, los tribunales de justicia y Gendarmería, hasta los medios de comunicación y la sociedad en general, referidas a cómo se ha ido desarrollando un problema de una magnitud como la actual. Las preguntas que surgen van desde la percepción de miedo[2] que lleva a las personas a demandar mano dura, al diseño de la política criminal y de persecución del delito, a las estrategias de reinserción social, y la disminución de la desigualdad social y la discriminación, cuestión especialmente importante en la medida que la mayoría de la población carcelaria son personas pobres[3]. El panorama es desafiante en el marco de una sociedad con una marcada tendencia autoritaria, en donde el 58,6% de las personas dice estar completamente de acuerdo con que todo delincuente vaya preso, independiente del delito que haya cometido, de acuerdo a la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH este año. En esa misma encuesta, un 47,17% de la población opinó estar completamente en desacuerdo con que solo los delitos más graves sean castigados con pena de cárcel[4]. En este marco, los anuncios de duras políticas contra la delincuencia tienden a satisfacer lo que una parte de la sociedad demanda, tendencia que se ha llamado "populismo penal"[5], y que contribuye a generar situaciones como el caso de una de las 81 personas que murieron en la Cárcel de San Miguel, quien se encontraba cumpliendo una pena de 61 días de cárcel por la venta de música "pirata".

¿Cuál debe ser la respuesta sancionatoria del Estado ante el crimen y la inseguridad? ¿Es la cárcel la respuesta punitiva más satisfactoria del Estado ante todo ilícito? ¿Todo delito

1 INDH, Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile, pág. 139.
2 Lechner, Norbert, Los miedos como problema político, Programa Flacso, Santiago de Chile, N° 79, 1986.
3 La variable que se toma para estimar el nivel socioeconómico es el nivel educativo. Sobre este punto la información proporcionada por Gendarmería al INDH es sobre 12.085 internos e internas. De ese total, 6.889 tienen escolaridad básica y 5.774 tienen escolaridad media. No se informa en qué medida esos niveles de escolaridad son completos. Sólo tienen escolaridad superior 669 personas. Gendarmería de Chile, Oficio Nº 2.253, de fecha 12 de octubre de 2011.
4 INDH, Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, 2011, pág. 33.
5 El populismo penal es la tendencia a proponer soluciones punitivas aparentemente sencillas a problemas complejos en el campo de la criminalidad y la inseguridad, que requieren de una labor intensiva de las diversas agencias del sistema penal. Ver al respecto Gargarella, Roberto, De la injusticia penal a la justicia social, Siglo del Hombre Editores, 2010; o Dammert, L. y Díaz J., ¿Es la cárcel solución para la delincuencia? Programa de Seguridad y Ciudadanía, Flacso-Chile, 2005.

implica un peligro para la sociedad? En este sentido, el senador Jorge Pizarro –entonces Presidente del Senado para la fecha del incendio en San Miguel– señaló que "Chile tiene una responsabilidad moral al haber permitido que se acepte que prácticamente todos los delitos sean merecedores de cárcel, sin opciones a efectiva rehabilitación, reinserción social y acompañamiento a quienes han delinquido por necesidad o por efecto de las drogas"[6].

El Estado tiene el deber de cuidado de toda persona privada de libertad, ya sea que la persona esté detenida, en prisión preventiva o cumpliendo condena efectiva en algún establecimiento penitenciario. La Corte IDH ha señalado que "el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención [Americana de Derechos Humanos], de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halle bajo su custodia"[7]. Esto se entiende en el contexto de que "si el Estado se adjudica el derecho de privar a una persona de su libertad, por cualquier razón, también debe asumir la obligación de asegurarse de que dicha persona sea tratada de manera decente y humana"[8]. Lo que busca resguardar la Corte IDH es la dignidad de la persona privada de libertad, por lo que el Estado "debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible"[9].

Así, el incendio ocurrido en diciembre de 2010 se constituyó en un hecho que de manera trágica puso en evidencia lo problemático de ocupar la cárcel como respuesta principal frente a todo delito. Al respecto, el Presidente de la Corte Suprema ya había señalado que "la situación penitenciaria en Chile se encuentra en un estado de colapso absoluto y de irrespeto grave a los derechos y garantías de quienes están privados de libertad, la que requiere una solución inmediata por quienes tienen la obligación de hacerlo, ya que estos sucesos, que fácilmente se olvidan, se producen con una frecuencia inaceptable"[10]. Por su parte, el Poder Ejecutivo, que había expresado a través del entonces Ministro de Justicia Felipe Bulnes su interés por mejorar las condiciones carcelarias, impulsó una serie de medidas para mejorar la situación en que viven las personas privadas de libertad en Chile. Tanto el plan de 11 medidas en materia carcelaria presentado en octubre de 2010, como dos proyectos de ley presentados (indulto, modificación del régimen de libertad condicional y modificación art. 49 del Código Penal), deberían ayudar a disminuir el problema de hacinamiento, que constituye uno de los problemas que impactan más directamente en las condiciones en que viven las personas privadas de libertad. El INDH destaca la adopción de medidas a corto y largo plazo para subsanar los problemas carcelarios en el país. Sin embargo, estas iniciativas deben ser complementadas con otras medidas tendientes a racionalizar la privación de libertad, reformar Gendarmería de Chile y crear Tribunales de Ejecución de la Pena, cambios que no han sido planteados íntegramente en el debate público por parte de las autoridades. Por lo mismo, el INDH se propuso en su Informe 2010 "observar si las medidas hoy diseñadas para mejorar las condiciones carcelarias y garantizar a las personas bajo ese régimen sus derechos son efectivas"[11].

Teniendo en cuenta la complejidad y diversidad de problemas existentes en materia carcelaria en el país, el presente capítulo se enfocará en el análisis de la regulación normativa del régimen carcelario actual, y revisará, teniendo en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos, la investigación del incendio del CDP de San Miguel, la situación de hacinamiento en las cárceles, los dos proyectos de ley presentados por el Ejecutivo con el objeto de disminuir el hacinamiento carcelario, y la participación en los Centros de Educación y Trabajo. Así, el énfasis en este apartado está puesto en la solución de los problemas de las condiciones carcelarias de las personas privadas de libertad que han

6 Senado.cl, El mea culpa que debemos hacer todos, columna del Senador Jorge Pizarro, de fecha 10 de diciembre de 2010, disponible en www.senado.cl, visitada el 8 de agosto de 2011.
7 Corte IDH, sentencia caso Miguel Castro vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, párrafo 273.
8 Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario, pág. 44.
9 Corte IDH, sentencia caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, 2 de septiembre de 2004, párrafo 153.
10 Cuenta Pública del Presidente de la Corte Suprema en la inauguración del año judicial 2011, pág. 5.
11 INDH, op. cit., pág. 131.

afectado, entre otros, el derecho a la vida, por sobre el análisis respecto a las funciones centrales de resocialización y rehabilitación de las personas condenadas, las cuales serán abordadas por el INDH en el año 2012.

Los problemas que se tratarán aquí han sido objeto de revisión por parte del INDH en su informe anterior, lo que ha motivado las visitas a recintos carcelarios realizadas este año por miembros del INDH en distintas regiones. También se tomó en consideración lo planteado en estudios académicos, en las denuncias por parte de la sociedad civil, y las áreas de preocupación del Estado a lo largo del 2011. Cabe aclarar que aquí solo se hará mención a los derechos en razón directa con la privación de libertad y no a todos los derechos que se pueden ver vulnerados con la privación de libertad (integridad física y psíquica, salud, trabajo, educación, entre otros).

1. ASPECTOS NORMATIVOS

Tanto en la legislación nacional como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, se ha regulado la relación entre Estado y personas privadas de libertad, estableciendo derechos y obligaciones tanto para el Estado como para la persona privada bajo encierro.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece en su artículo 9 que "nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". A continuación el artículo 10 agrega que "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". El mismo artículo señala además que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica". La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) no es tan específica como el PIDCP, pero de todos modos señala en su artículo 7 que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". A continuación agrega que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

La regulación específica internacional en materia carcelaria está dada por resoluciones de organismos internacionales, como son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante "las Reglas"), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (en adelante "los Principios"), adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1990[12]; y a nivel regional, está dada por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobada por la Comisión IDH, en marzo de 2008. Todos estos instrumentos reconocen el rol protector del Estado y el deber de adoptar medidas para la protección de los internos en razón de su calidad de personas dignas.

En Chile existe regulación a nivel constitucional, legal y reglamentario[13]. A nivel constitucional, el artículo 19 N° 7 asegura que "nadie puede ser privado de su libertad personal ni esta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes" (letra b). Agrega que "los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tanga facultad legal, en un registro que sea público" (letra d). Finalmente, el artículo 21 regula la acción de amparo[14], establecida a favor de toda persona que haya sido arrestada, detenida o presa con infracción a lo establecido en la Constitución o en las leyes. Sin embargo, cabe preguntarse sobre la utilidad que ha tenido en materia

12 Dos años antes, en 1988, se había adoptado el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, los que no son desarrollados en este capítulo por contener una regulación similar a los Principios en análisis.

13 En este apartado se analizarán las regulaciones que establecen el marco general de la actividad penitenciaria, lo que no obsta que existan otros cuerpos normativos sobre la materia, que no son referidos por su especificidad, que va más allá del objeto del capítulo. Ver D.L. N° 321 sobre Libertad Condicional y su Reglamento establecido por D.S. N° 2442; Ley Nº 18.050 que fija normas generales para conceder indultos particulares y su Reglamento establecido por Decreto N° 1542, y la Ley Nº 19.856 que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la observancia de buena conducta y su Reglamento fijado por Decreto N° 685.

14 La acción de Amparo establecida en la Constitución es conocida generalmente como *habeas corpus*.

carcelaria en la medida que es muy bajo el porcentaje de recursos acogidos[15]. Si bien la Constitución no hace mención expresa a otros derechos en directa relación con las personas privadas de libertad, eso no obsta que la misma reconoce un catálogo de derechos a todas las personas, del cual no están ajenos los privados de libertad.

A nivel legal, la principal regulación se encuentra en la Ley de Gendarmería, la que establece en su artículo 1° que la función de este organismo consiste en "atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley". El artículo 3 es claro al señalar que "el régimen penitenciario es incompatible con todo privilegio o discriminación arbitraria, y sólo considerará aquellas diferencias exigidas por políticas de segmentación encaminadas a la readaptación social y a salvaguardar la seguridad del procesado y condenado y de la sociedad". Del mismo modo, la ley señala que el personal de Gendarmería "otorgara cada persona privada de libertad un trato digno propio de su condición humana".

Finalmente, a nivel reglamentario, la actividad penitenciaria está regulada por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, el cual en su artículo 2° señala que "será principio rector de dicha actividad [carcelaria] el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres". Esto se ve reforzado por el artículo 4°, toda vez que "la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales". Es muy destacable que una norma del Reglamento haga expresa mención a los tratados internacionales, ya que reafirma el compromiso con el derecho internacional de los derechos humanos por parte del Estado. El Reglamento regula otras materias como la prohibición de tortura y de todo trato cruel, inhumano o degradante hacia los internos, los alimentos, salidas temporales, visitas, asistencia médica, etc. Desafortunadamente esta norma de naturaleza reglamentaria concentra casi la totalidad de la normativa relativa a la ejecución de la pena, desafiando el principio de reserva legal en materia de derechos. La sujeción a este principio conduce a que las regulaciones principales en materia de restricciones de derechos se encuentren definidas con precisión en la ley sin remisiones amplias a favor del reglamento.

Uno de los aspectos preocupantes que persiste en Chile es el castigo en celdas de aislamiento. El artículo 81 letra k del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala como sanción a las faltas de los internos la "internación en celda solitaria por períodos que no podrán exceder de 10 días". Por su parte, el artículo 84 señala como facultad del Jefe de turno del establecimiento, "disponer de la incomunicación o aislamiento provisorio de cualquier interno que incurriere en falta grave, por un plazo máximo de veinticuatro horas". A continuación el artículo 85 dispone que mientras dure el castigo "los sancionados deberán ser conducidos[,] a lo menos, durante una hora diaria, a fin que si lo desean puedan realizar ejercicio físico".

Este punto adquiere mayor relevancia al analizar las cifras de sanciones de Gendarmería. De un total de 9.803 sanciones por infracción al régimen interno que ha establecido dicha institución hasta octubre de 2011, en 8.900 casos la sanción ha sido el aislamiento en celda solitaria[16], lo que equivale al 90,7%. Ello constituye una utilización excesiva de una medida que es extremadamente severa tanto de la restringida libertad individual del interno, como también de los efectos que tiene en la integridad física y psíquica. Las Reglas establecen que "las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias"[17]. Asimismo, señala que las sanciones de aislamiento (que no sean celdas oscuras ya que están prohibidas) requieren de la aprobación médica, que constate que la persona puede soportar la medida. Por su parte, los Prin-

15 Entre enero y agosto de 2011, el INDH analizó un total de 731 Recursos de Amparo presentados contra Gendarmería de Chile en ese período tanto en la Corte de Apelaciones de Santiago como de San Miguel. De ese total solo 7 fueron acogidos, lo que equivale al 0,9%. Para más información de los recursos de protección y amparo en materia carcelaria ver el apartado sobre mecanismos tutelares de derechos fundamentales en el capítulo sobre acceso a la justicia en este Informe.

16 Gendarmería de Chile, Oficio Nº 2253, 12 de octubre de 2011, en respuesta al INDH.

17 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, párrafo 27.

cipios disponen que "se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción"[18]. Finalmente, los Principios y Buenas Prácticas señalan que "se prohibirá, por disposición de ley, las medidas o sanciones de aislamiento en celdas de castigo", agregando en el mismo párrafo que "el aislamiento solo se permitirá como una medida estrictamente limitada en el tiempo y como un último recurso"[19].

El INDH ha constatado en terreno que no todas las celdas de castigo cumplen con los estándares mínimos de dignidad. Así por ejemplo, en su visita al CCP de Antofagasta (visita realizada el 29 de julio de 2010), el INDH pudo comprobar la existencia de celdas oscuras, húmedas y escasamente ventiladas, lo que representa un evidente menoscabo de la dignidad e integridad de las personas condenadas.

2. SITUACIÓN CARCELARIA EN CHILE

El 8 de diciembre de 2010 ocurrió la peor tragedia carcelaria en la historia de Chile. Ese día murieron 81 internos de la torre 5 del Centro de Detención Preventiva (CDP) de San Miguel producto del incendio en el cuarto piso de la torre. Este se habría producido a partir de las 03:30 hrs. cuando se produjo una riña entre dos bandas rivales para apropiarse de una celda que denominaban VIP donde uno de los grupos utilizó un lanzallamas hechizo provocando que el fuego se extendiera rápidamente. Los gendarmes de turno se habrían percatado de la gravedad de los hechos a las 05:45 hrs. y trataron de apagar el incendio, pero tanto la red húmeda como seca no estaban en condiciones de ser utilizadas. Se estima que la mayoría de los internos fallecieron entre las 04:00 y 05:30 hrs., pero recién a las 06:00 hrs. se llamó a Bomberos y una hora más tarde se abrieron las rejas del ala norte del penal, dejando salir a los demás internos[20]. Este lamentable hecho originó investigaciones tanto judiciales como políticas.

18 Principios Básicos para el tratamiento de los Reclusos, párrafo 7.

19 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XXII, párrafo 3.

20 Para más información sobre los hechos ver Revista Debates Penitenciarios del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile, Nº 15, mayo de 2011.

En materia judicial, en marzo de 2011, el Ministerio Público formalizó cargos en contra de 8 funcionarios de Gendarmería: a 3 centinelas por homicidio por omisión reiterada y a 5 oficiales bajo el cargo de cuasidelito de homicidio. Hoy el juicio sigue en su etapa de investigación, la cual en septiembre aumentó su plazo en 180 días a petición de la Fiscalía[21].

En materia política, la Cámara de Diputados conformó una comisión investigadora para analizar eventuales responsabilidades políticas y administrativas[22]. Los resultados de esta investigación exponen hechos que son alarmantes y que explican la desidia en relación con los problemas de la unidad penal. Este mismo informe da cuenta de que los problemas de infraestructura en el CDP de San Miguel eran conocidos por las autoridades de Gendarmería. En agosto de 2010, el Alcaide de dicho centro puso en conocimiento del Director Regional Metropolitano de Gendarmería el "profundo deterioro de las instalaciones producto del paso del tiempo y las precarias medidas de mantención que para cada red se han dispuesto, lo que influiría sin lugar a dudas en el abastecimiento expedito de agua ante la ocurrencia de un siniestro", solicitando un levantamiento de necesidades de la unidad "en lo relacionado al sistema de redes contra incendios a objeto pueda ser considerada una mantención del sistema en el plazo más breve posible"[23].

El 8 de octubre de 2010 el Departamento de Seguridad de Gendarmería visitó el CDP de San Miguel constatando que las salidas de red seca se encontraban en su mayoría sin manillas, sin tapas de seguridad, oxidadas y bloqueadas por construcciones para almacenaje, concluyendo que "la red seca del Centro de Detención Preventiva de San Miguel se encuentra en malas condiciones y no cumple para la finalidad para la cual fue diseñada"[24]. La misma conclusión se ob-

21 La causa judicial es conocida por el 11º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N° 1001141178-4. Ver al respecto LaTercera.cl, Amplían plazo de investigación por tragedia en cárcel de San Miguel, 14 de septiembre de 2011.

22 Con fecha 11 de junio de 2011, la Directora del INDH concurrió a la Comisión de Derechos Humanos del Senado a exponer sobre condiciones carcelarias en Chile. Posteriormente, el 20 de junio de 2011, la Directora visitó la ex Penitenciaría de Santiago en conjunto con los senadores que integran dicha Comisión para verificar en terreno la situación carcelaria.

23 Cámara de Diputados, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sesión especial 101ª, de fecha 7 de julio de 2011, punto 15, letras a y b.

24 Ibídem, punto 16.a.

tuvo de la revisión de la red húmeda, la cual se constató que estaba en malas condiciones e inoperable ante una emergencia. Ante esto se dio orden de compra de mangueras y otros implementos el 30 de noviembre de 2010 –ocho días antes del incendio–, pero fueron adquiridas el 10 de diciembre, dos días después del siniestro. Por lo mismo, la Comisión concluyó que "existe una evidente responsabilidad del Estado de Chile en la ocurrencia del siniestro que causó la muerte de 81 personas en la cárcel de San Miguel"[25].

Es fundamental que a partir de este hecho no solo el Estado cumpla su deber de investigar y sancionar a quienes sean responsables, sino que adopte todas las medidas necesarias para que tragedias como esta no se repitan, cuidando la integridad física y psíquica de toda persona privada de libertad en establecimientos penitenciarios. En este sentido la Corte IDH ha sido enfática en señalar que los Estados deben "tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse"[26].

Parte de estos esfuerzos se han concentrado en el Plan de Retiro de elementos Combustibles que ha llevado a cabo Gendarmería, el cual por una parte ha ido eliminando progresivamente las cocinillas al interior de los módulos en 46 establecimientos penitenciarios. De un total de 1.570 cocinillas registradas, a noviembre de 2011 se habían eliminado 1.198, restando aún 372, las que serán retiradas en la tercera etapa del Plan que se está ejecutando actualmente. Esto ha implicado además el retiro de 1.629 cilindros de gas de los módulos penitenciarios, quedando pendiente el retiro de otros 400. Paralelamente, el Plan ha aumentado la cantidad de horarios de comida (denominadas horas rancho) en los establecimientos donde se han retirado las cocinillas, agregando una última merienda –además del desayuno, almuerzo y comida– a las 19:00 hrs. de cada día. Este avance ha implicado un aumento del gasto diario en cada interno e interna en valores que fluctúan entre los $1.240 y $1.670[27].

25 Ibídem, punto 14.
26 Corte IDH, sentencia caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, op. cit.
27 Gendarmería de Chile, información proporcionada al INDH a través de correo electrónico, en noviembre de 2011.

Ya en el Informe 2010, el INDH señaló los severos problemas de hacinamiento recomendando que "los poderes del Estado deben avanzar en la reforma al sistema penitenciario a fin que supere las condiciones indignas en que viven las personas privadas de libertad. El debate de estas reformas es un tema país que involucra la política criminal de la última década, de manera que esta se oriente hacia la resocialización de los/as internos/as y eliminar la sobrepoblación y hacinamiento carcelario"[28].

Este diagnóstico es ampliamente compartido por organizaciones de la sociedad civil y la academia. Para el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales "el hacinamiento, la falta de condiciones mínimas de higiene dentro de los penales, los malos tratos de gendarmes a internos y el secretismo respecto de lo que sucede en los recintos penales son factores que agudizan y perpetúan la vulneración alevosa de principios y derechos básicos"[29]. En concordancia con lo anterior, el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile ha agregado que "la obsolescencia e insuficiencia de la infraestructura carcelaria ha tenido como su más notoria consecuencia el hacinamiento de los presos. Eso, sin perjuicio de numerosos otros problemas asociados, como la inexistencia de espacios adecuados para el esparcimiento y visitas de los presos, así como de recintos idóneos para el trabajo y la educación, tareas estas últimas que se espera que los presos desempeñen, sin que existan las mínimas condiciones para ello"[30]. En este sentido, el Consejo de Reforma Penitenciaria planteó en su momento que "en condiciones de hacinamiento, la calidad de vida en muchos recintos penitenciarios continúa siendo deplorable"[31]. Para la organización internacional de derechos humanos Human Rights Watch, "las condiciones carcelarias incluyen sobrepoblación; salubridad, ventilación y nutrición deficientes; y falta de agua potable. Pese a que las condiciones propician los problemas de salud y favorecen la propagación de enfermedades infecciosas, el acceso a la atención médica continúa siendo inadecuado"[32]. Para Libertad y Desarrollo, "la nula posibilidad de rehabilitarse en ese

28 INDH, op. cit., pág. 165.
29 Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010, pág. 110.
30 Debates Penitenciarios, op. cit., pág. 13.
31 Consejo de Reforma Penitenciaria, 2010, pág. 22.
32 Human Rights Watch, Informe Mundial: Chile, 2011, pág. 4.

sistema y las deplorables condiciones de su reclusión, ponen en peligro su propia vida"[33].

Con anterioridad al incendio solo la Corte Suprema había planteado el problema de las precarias condiciones carcelarias. Así, la Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado había puesto atención en las "condiciones de hacinamiento que afectan la integridad física de los internos, a la vez que constituyen condiciones de vida degradantes", junto a una "falta de políticas y acciones penitenciarias para la rehabilitación de los internos"[34].

Todo esto fue confirmado a nivel regional por la Comisión IDH, la cual tras su visita a Chile en el 2008 concluyó que en "los centros de detención operados por el Estado se observó un alto nivel de hacinamiento pocas veces visto en la región, condiciones de insalubridad extrema que incluyen servicios precarios o deficientes de agua potable, alimentación, higiene y salud, así como pésimas condiciones de infraestructura y serias deficiencias o ausencia de verdaderos programas de readaptación social"[35]. El hacinamiento, tal como lo ha señalado la Corte IDH, "se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda (…) aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente mayor violencia entre los prisioneros y en el personal penitenciario"[36].

La revisión de las cifras sobre la cantidad de población penal otorgadas por Gendarmería constata que la población penal total sigue siendo alta en comparación al 2010, donde solo ha disminuido en 126 personas.

POBLACIÓN PENAL SEGÚN TIPO DE RÉGIMEN

RÉGIMEN DE SISTEMA	CANTIDAD DE POBLACIÓN
Cerrado	53.383
Semiabierto	729
Abierto	53.823
Total 2011	107.935
Total 2010	108.061
Diferencia	**-126**

Fuente: Gendarmería de Chile, mediante Oficio Nº 2253, de fecha 12 de octubre de 2011, complementando por información en su página web[37].

A pesar de que la cifra total se mantuvo prácticamente idéntica al 2010, sí cambió el total de población penal por régimen carcelario cerrado, semiabierto o abierto. En este sentido, la población penal bajó en el sistema cerrado en 1.610 personas (2,88%), de 55.722 el 2010 a 54.112 hasta octubre de 2011, para una capacidad de 33.822 plazas, lo que implica una sobrepoblación del 62,5%. Esto da cuenta de una tasa de 318 internos por cada 100 mil habitantes, lo que coloca al país en una situación semejante a la de Brasil, Colombia y México, los países con mayor sobrepoblación carcelaria de América Latina.

33 Libertad y Desarrollo, Incendio en Cárcel de San Miguel: crisis del sistema carcelario, N° 995, pág. 1.

34 Informe presentado por Mónica Maldonado, Fiscal Judicial de la Corte Suprema, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, junio de 2009, pág. 14.

35 Comisión IDH, Visita *in loco* realizada entre el 21 y 25 de agosto de 2008. Disponible en http://www.politicaspublicas.net/panel/onudh/informes-ddhh/291-ddhh-cl/703-2008-relatoria-presos-cidh.html#01

36 Corte IDH, sentencia caso Montero Aranguren (retén de Catia) vs. Venezuela, 5 de julio de 2006, párrafo 90.

37 La información obtenida, en el mes de octubre, desde www.gendarmeria.gob.cl fue para los casos de población penal en sistema abierto sometida a reclusión nocturna, salida controlada, libertad condicional y arresto diurno y nocturno. Esto, en virtud que en el Oficio Nº 2253, de fecha 12 de octubre de 2011, no contenía la información completa sobre estos puntos.

CUADRO COMPARATIVO POBLACIÓN PENAL, CAPACIDAD PENAL Y PORCENTAJE DE SOBREPOBLACIÓN POR UNIDAD PENAL 2010-2011[38]

UNIDAD PENAL	POBLACIÓN PENAL (INTERNOS)	CAPACIDAD PENAL (PLAZAS)	ÍNDICE DE SOBREPOBLACIÓN (%)	
	2011	2011	2010	2011
CP Arica	2.394	1.100	105	118
CCP Iquique	447	591	-16	-24
CDP Pozo Almonte	305	124	208	146
CCP Antofagasta	1.220	616	94	98
CDP Calama	603	298	110	102
CDP Tal Tal	72	60	33	20
CDP Tocopilla	324	232	52	40
CPF Antofagasta	140	138	8	1
CCP Chañaral	186	121	81	54
CCP Copiapó	871	252	240	246
CDP Vallenar	212	151	47	40
CDP Combarbalá	13	18	-22	-28
CDP Illapel	99	140	9	-29
CDP Ovalle	252	208	37	21
CCP Los Andes	404	274	33	47
CCP San Antonio	438	321	40	36
CCP San Felipe	267	232	54	15
CDP Casablanca	97	80	35	21
CDP La Ligua	68	54	152	26
CDP Limache	267	118	201	126
CDP Petorca	46	50	10	-8
CDP Quillota	575	366	71	57
CP Valparaíso	3.496	1.180	185	196
CCP Rengo	200	152	15	32
CCP Santa Cruz	273	212	58	29
CDP Peumo	211	126	192	67
CCP Cauquenes	410	330	8	24
CCP Curicó	634	280	159	126
CCP Linares	345	220	76	57
CCP Talca	905	448	199	102
CDP Chanco	51	56	9	-9
CCP Bulnes	179	106	83	69
CCP Coronel	240	212	38	13

38 En las unidades penales de Alto Hospicio, La Serena, Rancagua, Parral, San Javier, Constitución, Curepto, Chillán, Los Ángeles, Valdivia, Puerto Montt, Buin y Santiago I no es posible realizar la comparación producto de que Gendarmería informó que estos establecimientos fueron severamente dañados en el terremoto de febrero de 2010.

UNIDAD PENAL	POBLACIÓN PENAL (INTERNOS)	CAPACIDAD PENAL (PLAZAS)	ÍNDICE DE SOBREPOBLACIÓN (%)	
	2011	2011	2010	2011
CDP Arauco	70	162	-39	-57
CDP Lebu	128	116	37	10
CDP Mulchén	166	100	66	66
CDP San Carlos	107	124	105	-14
CDP Yumbel	148	112	42	32
CDP Yungay	85	66	39	29
CP Concepción	2.461	1.186	264	108
CCP Lautaro	150	131	14	15
CCP Nueva Imperial	239	166	75	44
CCP Temuco	816	572	50	43
CCP Victoria	170	202	-10	-16
CDP Angol	435	150	254	190
CDP Curacautín	72	74	-25	-3
CDP Pitrufquén	138	120	53	15
CDP Traiguén	117	114	46	3
CDP Villarrica	288	180	108	60
CPF Temuco	54	44	20	23
CCP Río Bueno	91	128	-3	-29
CCP Osorno	599	456	34	31
CDP Ancud	116	66	56	76
CDP Castro	135	104	62	30
CCP Coyhaique	95	105	0	-10
CDP Chile Chico	19	30	0	-37
CDP Cochrane	12	24	-28	-50
CDP Puerto Aysén	65	134	-40	-51
CDP Porvenir	19	32	-40	-41
CDP Puerto Natales	32	60	-22	-47
CP Punta Arenas	303	315	0	-4
CCP Colina I	2.037	2.453	1	-17
CCP Colina II	2.451	1.472	18	67
CCP Cordillera	10	18	-44	-44
CCP Punta Peuco	47	112	-57	-58
CDP Puente Alto	1.937	864	30	124
CDP San Miguel	1.561	972	197	61
CDP Santiago Sur	5.963	2.202	217	171
CDP Talagante	635	224	127	183
CPF Santiago	2.128	1.589	69	34
UEAS Santiago	185	242	-9	-24

Fuente: Elaboración propia a partir del Oficio Gendarmería N° 2253, 12 de octubre de 2011 e Informe Anual 2010 del INDH.

Como se aprecia en el cuadro anterior, si bien en 40 establecimientos se han disminuido los niveles de hacinamiento, el total solo es de 1.610 personas menos (2,88%), existiendo aún en 50 establecimientos penitenciarios una población que supera ampliamente la capacidad del recinto. Preocupa especialmente el CDP de Talagante con un 183% de sobrepoblación, al igual que el CDP Santiago Sur (171%), CDP Puente Alto (124%), CDP Angol (190%), CP Concepción (108%), CCP Talca (102%), CCP Curicó (126%), CP Valparaíso (196%), CDP Limache (126%), CCP Copiapó (246%), CDP Calama (102%), CDP Pozo Almonte (146%) y CP Arica (118%), ya que en todos ellos la población penal es el doble o más de la capacidad del establecimiento, lo que constituye una vulneración inaceptable de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, además de un obstáculo para la convivencia pacífica de los internos y una merma en las posibilidades de rehabilitación y resocialización.

De la población en sistema cerrado, 4.696 son mujeres, mientras que 48.661 son hombres[39]. En ambos sexos, la mayoría de la población son personas que están cumpliendo condenas, lo que constituye un hecho positivo. Sin embargo, la cantidad de personas imputadas de un delito y privadas de libertad, es decir, en prisión preventiva, sigue siendo un alto porcentaje. De las 53.383 personas en sistema cerrado, 9.968 están por prisión preventiva, es decir, un 18.6%. Este porcentaje es alto teniendo en consideración que el Código Procesal Penal en su artículo 139 establece que "la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento". El carácter restrictivo de esta medida se basa en la presunción de inocencia, en virtud de la cual a ninguna persona se la puede considerar ni tratar como culpable hasta que no exista una sentencia firme condenatoria.

El uso continuo de la prisión preventiva es un buen indicador de la equivocada percepción pública cuando se declara que existe "una puerta giratoria"[40] para las personas que delinquen. De acuerdo a estadísticas del Sistema Procesal Penal publicadas por el Poder Judicial en octubre de este año, "los jueces de garantía acogen el 89% de las solicitudes de prisión preventiva"[41]. El abuso de la prisión preventiva se da a pesar del Mensaje original con que se presentó el proyecto de ley del Código Procesal Penal, el que señaló que "si el legislador ha previsto la posibilidad de que un condenado cumpla su condena en un régimen de libertad asistida, con el objeto de favorecer su resocialización, representa un contrasentido que aun antes de emitirse tal condena, es decir, en una etapa en la cual el imputado pudiera presumirse inocente, deba permanecer privado de libertad".

Sobre este punto un estudio de la Fundación Paz Ciudadana comprobó que del total de prisiones preventivas dictadas entre 2005 y 2010, solo el 23% de las personas terminó siendo condenada a una pena privativa de libertad, mientras que el resto fue condenada a penas alternativas, sobreseída o absuelta[42]. Al analizar esta cifra por sexo, se constató que un 23,6% de los hombres terminó con sentencia privativa de libertad, mientras que en las mujeres el porcentaje fue de un 19,4%[43].

Este aumento en el uso de la prisión preventiva se explica en parte por la Ley N° 20.253 denominada de "agenda corta antidelincuencia", la cual incentivó "las hipótesis en las cuales se entiende que un imputado constituye un peligro para la misma (sociedad), ampliando por tanto las posibilidades de que se prive temporalmente la libertad de un sujeto en su paso por el proceso penal"[44]. Como se aprecia, parte de las medidas contra el hacinamiento pasan necesariamente por revisar el uso de la prisión preventiva.

En el mismo marco, también se ha constatado que son pocas las solicitudes de libertad condicional acogidas. Según

39 La información entregada distingue entre hombres, mujeres y la categoría "no específica", sin clarificar mayormente su contenido. No se cuenta con información que distinga otras identidades de género.

40 Sobre esta materia y respecto al proyecto de ley presentado por el Gobierno sobre saqueos, el Presidente Sebastián Piñera señaló que "El proyecto, que ahora será enviado al Legislativo, busca "terminar con la puerta giratoria" de la Justicia". Ver http://www.lacuarta.com/noticias/cronica/2011/10/63-115210-9-presi-firmo-proyecto-de-ley-contra-el-saqueo.shtml, 2 de octubre de 2011.

41 Ver http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/27/510160/poder-judicial-entrega-estadistica-que-dice-que-9-de-cada-10-imputados-son-privados-de-libertad.html, 27 de octubre de 2011.

42 Paz Ciudadana. Caracterización de la Población en Prisión Preventiva en Chile, 2011, pág. 16.

43 Ibídem, pág. 17.

44 Ibídem, pág. 5.

información de la Cámara de Diputados, en el último proceso de revisión de las solicitudes de libertad condicional, de 2.578 solicitudes, se acogieron 133[45]. Actualmente la población beneficiada es de 526 personas, lo que constituye un 0,50% de la población penal[46].

Este escenario –incendio de la cárcel, uso desmedido de la prisión preventiva y pocas concesiones de libertad condicional– ha llevado al Poder Ejecutivo a presentar dos proyectos de ley con el objeto disminuir el hacinamiento carcelario. El primero de ellos[47] tiene un doble objetivo; por una parte, modificar el régimen de libertad condicional, quitándole la decisión final de conceder o no la libertad condicional al Secretario Ministerial de Justicia dejándola en la Comisión de Libertad Condicional. Para el propio Gobierno el sistema existente "se ha traducido con el tiempo en una reducción considerable del número de condenados que finalmente acceden a este tratamiento penal especial; y viene arrojando dudas acerca de la objetividad [de la evaluación que se realiza]". Por otra parte, el proyecto modifica el artículo 49 del Código Penal, el que establece la pena de cárcel para las personas condenadas al pago de una multa y no tuviese medios para su pago. El proyecto propone modificar el artículo 49, estableciendo que si la persona no tiene bienes para el pago de la multa, el tribunal podrá imponer sustitutivamente la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. De aprobarse el proyecto, serían beneficiadas 2.941 personas recluidas en el régimen cerrado, lo que equivale al 5,5%.

El segundo de ellos busca también disminuir el hacinamiento carcelario a través del indulto general de internos e internas[48]. Específicamente el proyecto indultaría en primer lugar a mujeres, conmutándoles el saldo de la pena privativa o en su caso la multa, cuando a la entrada en vigencia de la ley se encuentren cumpliendo condena privativa de libertad, a condición de haber cumplido por lo menos dos tercios de la pena, no haber sido condenadas por delitos de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y tener hijos/as menores de dos años cumpliendo condena privativa de libertad. El proyecto también indulta a los condenados que estén cumpliendo la pena mediante permiso de salida controlada al medio libre. Lo mismo con quienes estén cumpliendo pena de reclusión nocturna. Además, plantea una norma expresa para extranjeros a quienes se les conmutará la pena de privación de libertad por la de extrañamiento especial en su país de origen. Para cumplir esta norma específica la persona extranjera no debe tener permiso de permanencia definitiva en el país, debe haber cumplido parte de la pena (se especifica caso a caso) y firmar un compromiso de no volver al país en 10 años. Sobre esta iniciativa, el INDH emitió una declaración pública donde celebró que el Poder Ejecutivo adopte medidas para erradicar el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios[49].

Actualmente existen 1.093 mujeres que han cumplido dos tercios de su condena; sin embargo, no todas ellas pueden acceder al indulto en razón que deben haber observado una conducta sobresaliente junto a los requisitos mencionados en el párrafo anterior. Según estimaciones de la Subsecretaria de Justicia, Patricia Pérez, serían 142 las mujeres indultadas a abril de 2011[50]. Por su parte, las mujeres con hijos menores de dos años cumpliendo condena privativa de libertad serían 114 según Gendarmería[51]. Así, en total serían 256 mujeres aproximadamente, lo que equivale a un 0,4% de las personas en sistema cerrado.

45 Cámara de Diputados, op. cit., pág. 7.
46 Ver www.gendarmeria.gob.cl.
47 Mensaje 622-358 (Boletín 7534-07), que modifica el actual régimen de libertad condicional […], pág. 3. A la fecha de redacción de este Informe, el proyecto se encontraba en tercer trámite constitucional en el Congreso.
48 Mensaje Nº 623-358 (Boletín Nº 7533-07), que concede indulto conmutativo general. Al cierre de redacción de este Informe el proyecto se encontraba en tercer trámite constitucional en el Congreso. Por indulto se entiende el beneficio por el cual se remite total o parcialmente o se conmuta una pena.
49 Al mismo tiempo exhortó "a los poderes públicos a dar pleno cumplimiento a los principios de derecho internacional vigentes hoy en el mundo entero, y, en consecuencia, demanda que se exima expresamente de la posibilidad del indulto conmutativo cualquier delito que el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, y, en general, el derecho internacional público, consideren atentatorio a la humanidad". INDH, Declaración Pública respecto al proyecto de Ley para reducir hacinamiento carcelario, 18 de abril de 2011. Disponible en www.indh.cl.
50 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley sobre indulto general (Boletín 7533-07), pág. 10.
51 Gendarmería de Chile, Oficio N° 2253, 12 de octubre de 2011.

TOTAL INDULTOS Y CONDENADOS POR ARTÍCULO 49 CP

TIPO DE INDULTO	HOMBRE	MUJER	TOTAL
Mujeres que hayan cumplido 2/3 de la pena	N/A	256	256
Salida controlada al medio libre	891	147	1.038
Reclusión nocturna	3.806	245	4.051
Artículo 49	2.650	291	2.941
Total	**7.347**	**939**	**8.286**

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por Gendarmería de Chile, Oficio N° 2253 de fecha 12 de octubre de 2011.

Las cifras del cuadro son relevantes ya que el hacinamiento es principalmente complejo en el sistema cerrado, donde las personas viven bajo condiciones indignas e inhumanas. Estos proyectos constituyen un primer paso positivo que beneficiaría a un número determinado de personas, pero que aún así es insuficiente en virtud del cuadro crítico de hacinamiento. Por lo tanto, es necesario que estas medidas sean acompañadas por otras que permitan en el corto plazo cambiar las lamentables condiciones en que viven las personas privadas de libertad en nuestro país Chile.

Finalmente, un aspecto no menor en la mejora de las condiciones de reclusión en las cárceles dice relación con la posibilidad de participar de actividades que favorezcan la rehabilitación y el desarrollo de destrezas de las personas privadas de libertad. Los Centros de Educación y Trabajo (CET) están pensados para esto, pero persisten dificultades similares a las señaladas por el INDH en su Informe 2010, en cuanto a la baja participación de la población penal y la necesidad de hacer mayores esfuerzos de difusión y participación. Esto es preocupante, teniendo en cuenta que una de las maneras de que el Estado cumpla con su deber de otorgar garantías para que las personas privadas de libertad puedan desarrollarse al interior de las unidades penales es a través de una política de cursos de perfeccionamiento para los internos.

Cabe recordar que uno de los fines fundamentales de todo sistema carcelario es la rehabilitación de la persona privada de libertad, de manera tal que adquiera las herramientas necesarias para reintegrarse a la sociedad y pueda llevar a cabo su plan de vida de manera satisfactoria. El bajo porcentaje de participación en los CET demuestra que en este aspecto el Estado también se encuentra en falta.

Si bien la información de Gendarmería indica que el porcentaje de población que participa de los Centros de Educación y Trabajo (CET) es actualmente mayor que el año 2010, no muestra una diferencia importante al contrastarlo con los últimos años.

ACCESO A CENTROS DE EDUCACIÓN Y TRABAJO

	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	POBLACIÓN PENAL POR AÑO	ACCESO A CET (%)
2006	609	22	631	43.602	1,45
2007	659	25	684	48.826	1,40
2008	668	39	707	51.164	1,38
2009	745	52	797	56.058	1,42
2010	637	38	675	55.722	1,21
2011	680	49	729	53.383	1,36

Fuente: Elaboración propia a partir del Informe Anual 2010 del INDH y Oficio N° 2253, de fecha 12 de octubre de 2011 de Gendarmería de Chile al INDH.

La Cámara de Diputados ha sido especialmente crítica en la materia al señalar que "los CET, herramientas de gran utilidad en materia de rehabilitación y reinserción de los penados, se encuentran subutilizados", agregando que "se deben generar los incentivos suficientes para que la actividad empresarial incluya dentro de sus plantas, personal que se encuentre cumpliendo condena sea en régimen abierto o cerrado"[52].

52 Cámara de Diputados, op. cit., punto 8.

2

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS



DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

2

ANTECEDENTES

El INDH en su Informe 2010 formuló recomendaciones dirigidas a que se otorgue reconocimiento constitucional a los derechos de los pueblos indígenas y a avanzar en la efectiva implementación de los instrumentos internacionales de los que Chile es signatario en materia de derechos de los pueblos indígenas: el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre Derechos de Pueblos Indígenas de la ONU[1] lo que hasta la fecha no ha sucedido.

El Estado ha realizado esfuerzos en orden a diseñar e implementar políticas tendientes a reducir las brechas de inequidad y discriminación que afectan a los pueblos indígenas. Sin embargo, dichos esfuerzos han cedido ante el desconocimiento institucional del carácter multicultural del Estado que se erige como uno de los factores que entorpece el pleno ejercicio y goce de los derechos individuales y colectivos de que son titulares, contribuyendo a perpetuar la invisibilización de los pueblos y la mantención de relaciones con el Estado caracterizadas por el conflicto. En este marco, el año bajo análisis estuvo signado por la huelga de hambre de 87 días de cuatro comuneros mapuche en protesta por el juicio seguido en su contra en el marco de la Ley Antiterrorista, y la frustrada iniciativa gubernamental de consulta sobre institucionalidad indígena.

El Estado ha tenido históricamente actitudes contradictorias en su relación con los pueblos indígenas, lo que no contribuye a construir las confianzas necesarias para impulsar diálogos fructíferos. Junto con algunas iniciativas positivas de las que da cuenta este capítulo, la aplicación preferente y selectiva de instrumentos de persecución penal excepcional –Ley Antiterrorista– a indígenas representa una afectación a los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso, y constituye una infracción al principio de igualdad y no discriminación, lo que ha sido advertido por la Comisión IDH[2]. En el mes de agosto de 2011, la Comisión informó la decisión de presentar el caso de Segundo Aniceto Norín Catrimán, y Otros vs Chile, ante la Corte IDH, ya que consideró que en las condenas impuestas por delitos terroristas a autoridades ancestrales y activistas mapuche[3], el Estado violó derechos humanos consagrados en la Convención Americana incurriendo por ello en responsabilidad internacional[4].

Las acciones del INDH en este ámbito se han cristalizado en la formulación de observaciones y recomendaciones a los poderes públicos, la realización de misiones de observación a lugares en conflicto; la presentación de escritos ante los tribunales de justicia, y en la formulación de declaraciones públicas, particularmente en el marco del juicio llevado a cabo en Cañete y la huelga de hambre de cuatro comuneros mapuche condenados por delitos comunes en el marco de la Ley Antiterrorista. A propósito de dicha huelga y como compromiso para poner término a la misma, el INDH participó en la creación, en julio de este año, de la "Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche", con el objeto de realizar buenos oficios destinados a formular recomendaciones basadas en los estándares internacionales de derechos humanos; proponer un reforma efectiva de la Ley N° 18.314 para que se ajuste a normativa internacional de derechos humanos, y

1 INDH, Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile, pág. 165.

2 Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán y Otros vs. Chile. OEA/Ser.L/V/II.140. 5 de noviembre de 2010.

3 Se trata de las condenas impuestas a Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequeo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Lican, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, en los años 2003 y 2004.

4 Este informe de la Corte IDH se revisa en el capítulo de acceso a la justicia, en el apartado sobre Ley Antiterrorista.

analizar las obligaciones del Estado en materia de reclusión de personas pertenecientes a los pueblos indígenas. La Comisión se dio un plazo de trabajo de nueve meses desde su constitución formal, más dos meses adicionales para la elaboración de un informe con recomendaciones. La misma está conformada por Monseñor Fernando Chomalí, Arzobispo de Concepción; doña Natividad Llanquileo Pilquimán, doña Millaray Garrido Paillalef, voceras mapuche; Monseñor Pedro Ossandon, Obispo Auxiliar de Concepción; Padre José Fernando Díaz, de la Comisión Nacional de la Pastoral Indígena Zona Sur y doña Lorena Fríes Monleón, Directora del Instituto. La Comisión continúa su trabajo en orden a ofrecer propuestas que viabilicen reformas legislativas que adecuen el ordenamiento interno al derecho internacional de derechos humanos de protección a los pueblos indígenas.

En este complejo marco, este apartado analiza el proceso de consulta sobre institucionalidad indígena, la situación del pueblo Rapa Nui, y las vulneraciones a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes indígenas.

1. LA CONSULTA INDÍGENA

La adhesión a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, así como el actual desarrollo tanto de los estándares fijados por los procedimientos especiales de Naciones Unidas, como de los órganos de control de tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH, imponen al Estado la obligación de consultar[5] a los pueblos indígenas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El deber de consulta constituye una pieza central dentro del Convenio 169 de la OIT y se enmarca en el derecho a la participación de los pueblos indígenas[6]. Ello supone un cambio en el paradigma de relacionamiento entre el Estado y los pueblos indígenas que, asentado en el reconocimiento de derechos, coadyuva al entendimiento y la solución consensuada a eventuales conflictos. Como ha dicho el actual Relator de la ONU sobre la materia, "el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos han surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia.(…) Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso"[7].

El deber de consulta que consagra el Convenio y la Declaración supone una garantía a la integridad del pueblo o comunidad indígena y encuentra su justificación en los esfuerzos de esos colectivos por redefinir sus términos de relación con otros grupos humanos. Por lo mismo constituye una norma fundamental del tratado, junto con los derechos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe a su desarrollo económico, social y cultural. De esta manera la consulta se asienta en el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, confiriéndoles a los mismos un papel central en la decisión sobre las medidas estatales susceptibles de afectarles directamente.

En esta materia, los órganos de control de tratados, interpretando los instrumentos internacionales sujetos a su vigilancia, han instado al Estado de Chile a realizar consultas con los pueblos indígenas. Así, el Comité de Derechos Hu-

5 Dicha obligación emana igualmente del cumplimiento de las recomendaciones formuladas por los órganos de control de tratados al Estado de Chile, aun antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y la adhesión a la Declaración de Naciones Unidas. Se pueden mencionar las formuladas por el Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 62 letra c; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párrafo 19 letra c; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafos 16 y 22; Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Conclusiones y recomendaciones, A/HRC/WG.6/5/CHL/2, 9 de marzo 2009, párrafo 57. A nivel de mecanismos especiales del sistema de Naciones Unidas, Anaya, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009.

6 Anaya, James. Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Trotta, 2005, pág. 232.

7 Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos, ONU. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

manos[8] ha formulado recomendaciones precisas en orden a realizar consulta previa en relación a la concesión de licencias de explotación en territorios indígenas. Del mismo tenor son las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño[9] que ha indicado al Estado velar por que el programa intercultural bilingüe para los pueblos indígenas, se expanda y que en este punto "mantenga consultas con las comunidades indígenas a fin de evaluar ese programa". Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial llamó al Estado, en relación al reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas a llevar a cabo este proceso mediante "(…) una consulta efectiva con todos los pueblos indígenas, de conformidad con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y con el Convenio 169 de la OIT"[10], y a que adoptara las medidas efectivas y necesarias para que los pueblos indígenas participen "en todas las áreas, incluyendo proyectos legislativos, que pudieran afectar sus derechos".

El derecho a consulta no es equivalente a un derecho a veto en relación a la iniciativa legal o administrativa que es objeto del procedimiento respectivo[11]. Por ello, a la consulta se suma otro derecho que ha venido siendo progresivamente reconocido por el derecho internacional. Este es el derecho al consentimiento previo, libre e informado, en virtud del cual las iniciativas legales o administrativas que pongan en peligro su supervivencia no pueden llevarse a cabo sin antes haberse obtenido su consentimiento.

Este derecho a dar el consentimiento libre e informado ha sido recepcionado expresamente por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial que exhorta a los Estados Partes a que se "Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado"[12].

La Comisión IDH, por su parte, ha señalado que el consentimiento debe "interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos"[13]. Sistematizando los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Comisión concluye que la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas adquiere carácter obligatorio cuando:

- Se trate de proyectos de inversión que impliquen desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas,
- El consentimiento deviene en obligatorio, si se trata de un proyecto de inversión o desarrollo o de concesión de explotación, cuya ejecución privaría a los pueblos indígenas de la "capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia"[14],
- Por último, se requiere de dicho consentimiento en el evento en que se deposite o almacenen materiales "peligrosos en tierras o territorios indígenas"[15].

A nivel interno, el deber de consulta se encuentra regulado por el Decreto Supremo N° 124[16] del Ministerio de Planificación y Cooperación. En el Informe 2010 el INDH hizo un análisis del mismo a la luz de los estándares fijados en el Convenio 169 de la OIT, concluyendo que el referido Decreto no cumple con los principios internacionales que rigen en la materia, constituyendo por el contrario, una severa afectación de los derechos y garantías establecidos en el Convenio.

8 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de Abril de 2007, párrafo 19 letra c.

9 Comité de Derechos del Niño, Observaciones Finales Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 62.33.

10 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 16.

11 OIT-CEACR. Observación General 2011. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Referencia: ILC.100/III/1ª, 16 de febrero de 2011, pág. 865. Cfr. Anaya, James. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 46 y 48.

12 CEDR. Recomendación General Nº 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 1997, párrafo 4, letra d.

13 Comisión IDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párrafo 332.

14 Ibídem, párrafo 334 punto 2.

15 Ibídem, párrafo 334. 3.

16 Publicado en el Diario Oficial el 25 de septiembre de 2009.

El 8 de marzo de 2011, el Poder Ejecutivo anunció la denominada "Consulta sobre Institucionalidad Indígena"[17] que tuvo por objeto someter a consulta indígena los siguientes temas: 1) propuesta de nueva institucionalidad indígena que reemplazará a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena –CONADI–; 2) reconocimiento constitucional; 3) consulta sobre la propuesta del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) que incluye un procedimiento de participación o consulta indígena como parte del proceso de evaluación de determinados proyectos de inversión; y 4) regulación normativa del procedimiento de consulta.

El plan contemplaba siete etapas: difusión, información, diálogos internos, diálogo con las autoridades, recepción de observaciones y propuestas, sistematización de propuestas y etapa de comunicación de resultados. Entre abril y agosto de 2011 se desarrollaron las dos primeras etapas. La segunda etapa consideraba talleres de información. Estos comenzaron el 16 de junio de 2011 alcanzando a desarrollarse 104 de los 124 programados con un total de 5.394 asistentes a nivel nacional[18].

Ante el proceso de consulta llevado a cabo por el Poder Ejecutivo, en mayo de 2011, organizaciones, comunidades, autoridades ancestrales y dirigentes de los pueblos indígenas[19] realizaron gestiones ante esta administración y ante el Congreso Nacional solicitando que se suspendiera el proceso de consulta, en consideración a que no se estaban respetando los estándares internacionales y obligaciones del Estado contraídas en conformidad al Convenio 169. También plantearon la necesidad de derogar el Decreto Supremo 124. Este planteamiento fue igualmente sostenido por los representantes indígenas de la Conadi y por la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, la que interpuso ante el Ministerio de Planificación un recurso administrativo de invalidación del Decreto Supremo 124[20].

17 Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág. 35.
18 Ibídem, pág. 43.
19 "Encuentro de Autoridades Tradicionales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas 2011", realizado los días 2 y 3 mayo, en Santiago.
20 Dicho recurso se interpuso en el Ministerio de Planificación el 5 de julio de 2011. El 6 de septiembre el Ministerio acoge a tramitación la presentación.

El Senado de la República[21] y la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados[22] acogieron las demandas planteadas por representantes de los pueblos indígenas y solicitaron al Poder Ejecutivo la inmediata suspensión de las consultas indígenas, la derogación del Decreto Supremo 124, y que las futuras consultas se realicen con estricta sujeción al Convenio 169 de la OIT y a los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas, particularmente en lo que dice relación con la necesidad de acordar previamente la forma de consultar y luego los temas que serán consultados[23].

El primero de septiembre de este año el Poder Ejecutivo informó la suspensión del proceso de consulta[24] para concentrar sus esfuerzos en la definición del marco regulatorio de la misma. El INDH valora como un hecho positivo la decisión de suspender la consulta sobre "Institucionalidad indígena" acogiendo con ello los planteamientos formulados por las organizaciones y dirigentes indígenas. Igualmente se valora la decisión de concentrar los esfuerzos en orden a definir primeramente el mecanismo de la consulta indígena para luego proceder a realizar la consulta sobre los otros temas de interés de los pueblos indígenas en nuestro país. Por último, en el ánimo de generar un clima de diálogo resulta oportuno derogar el Decreto Supremo 124 que es visto como un obstáculo en la construcción de confianzas, y que por sus características regresivas representa una violación al Convenio 169.

En este sentido el INDH considera que el deber estatal de consulta previa debe ser adecuadamente regulado de conformidad a los principios establecidos por el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, mediante un mecanismo institucionalizado, a fin de garantizar los principios de legalidad y certeza jurídica. Sin embargo, la ausencia de dicha regulación no exonera al Estado del deber de realizar la consulta previa sobre aquellas medidas de origen

21 Oficio Nº 1026/SEC/11. Boletín Nº S 1.391-12, 3 de agosto de 2011.
22 Oficios 300-43-2011 y 301-43-2011 de 16 de junio de 2011.
23 En la medida que parte del proceso de consulta era financiada a través de un proyecto que cofinanciaba la Unión Europea, los cuestionamientos formulados por las organizaciones indígenas y el Parlamento, implicaron que la UE congelara los aportes destinados a esta iniciativa. Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág. 31.
24 http://www.consultaindigena.cl/articulo010911_1.html "Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena". 1° de septiembre de 2011.

administrativo o legal que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas.

En el caso del Parlamento, a propósito de la discusión en torno a la implementación del mecanismo de consulta que debe adoptar con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 6° del Convenio 169 de la OIT, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado de la República[25] se levantaron voces que, no obstante reiterar la disposición que el Congreso Nacional establezca y regule un mecanismo de consulta a los pueblos indígenas, plantearon que no existe una obligación en esta materia para el órgano legislativo, puesto que de acuerdo al artículo 6° del Convenio, dicha obligación recaería sólo en el "Gobierno". Es necesario dejar sentado que el Tribunal Constitucional determinó el año 2000 que el deber de consultar a los pueblos indígenas establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT constituye una norma autoejecutable y obligatoria para el Congreso[26]. Por lo demás, el tratado internacional genera obligaciones al Estado en su conjunto lo que incluye a todos los poderes públicos. En esta misma dirección se ha expresado el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, quien ha señalado que representa una obligación para el Poder Legislativo proceder a realizar la consulta de conformidad a los principios contenidos en el Convenio cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas[27].

CONSULTA Y CENSO 2012

En el censo del año 1992 se incluyó la variable indígena, donde se preguntó: "Si usted es chileno, ¿se considera perteneciente a alguna de las siguientes culturas: Mapuche, Aymara, Rapanui, ninguna de las anteriores?". Se propuso reemplazar esta pregunta en el XVIII Censo Nacional y VII de Vivienda que se realizará el 2012, por la pregunta censal: ¿A cuál de los siguientes pueblos indígenas pertenece?

La variable censal y la identificación de personas indígenas ha sido motivo de preocupación del Departamento de Normas de la OIT[28] por cuanto es determinante en relación a la cobertura del Convenio 169. Igualmente los datos demográficos son una fuente fundamental para el diseño de políticas pública, de ahí la importancia de los cambios propuestos en relación a la identificación de la variable indígena. El criterio de la autoidentificación es considerado como fundamental para el Convenio 169 para los efectos de determinar la condición de indígena, señalando en su art. 1.2: "la Conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

A través de su sitio web, el Instituto Nacional de Estadísticas informó que se ha realizado un proceso de consulta referido a las preguntas relativas a pueblos indígenas que se incluirán en el próximo Censo Nacional. Dicha consulta habría sido de alcance nacional, se inició el 1° de marzo de 2011 y concluyó el 15 de junio de 2011, fecha en la que se debían dar a conocer los resultados de dicha consulta.

El INDH preocupado por la forma de proceder en la consulta y dada la importancia de la pregunta censal, solicitó mediante oficio al Instituto Nacional de Estadísticas que informe sobre el proceso de consulta llevado a cabo, información que, lamentablemente y no obstante la reiteración, no ha sido proporcionada[29].

INFRACCIONES AL DEBER DE CONSULTA PREVIA

De acuerdo a información proporcionada por la Corte Suprema[30], entre el mes de enero de 2010 y julio de 2011 quedaron en estado firmes y ejecutoriadas a nivel nacional 45 sentencias relacionadas con acciones de garantías constitucionales en las que se alegó infracción al Convenio 169. Dos de ellas dicen relación con acción de amparo, invocando

25 Comisión de Constitución Legislación y Justicia 9 de marzo de 2011.
26 Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 309, de 4 agosto de 2000, considerando 7.
27 Anaya, James, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párrafos 17 y 51.
28 OIT, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio N° 169 de la OIT. Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. 2009. Identificación de los Pueblos Indígenas y Tribales, pág. 11.
29 Oficio N° 479 de 11 de agosto de 20011 por el que solicita información sobre Censo 2012 en tema indígena. Oficio N° 618 de 22 de septiembre de 2011 reitera Oficio N° 479.
30 Oficio Corte Suprema N° 080 de 5 de septiembre de 2011. Sentencias firmes y ejecutoriadas relacionadas con la implementación del Convenio N° 169 de la OIT. Enero de 2010 a Julio de 2011.

el art. 10 del Convenio que estipula la pertinencia étnica en la aplicación de sanciones penales y la de preferir tipos de condena distintos del encarcelamiento.[31]

En relación a los recursos de protección deducidos, la mayor cantidad de las resoluciones han sido dictadas por la Corte de Apelaciones de Temuco (16); seguido de Santiago y Valdivia (siete); Arica y Puerto Montt (cuatro); Concepción (tres); Iquique y Antofagasta (uno). Las principales alegaciones dicen relación a transgresión al derecho a consulta y participación (22 fallos)[32], mayoritariamente relacionados con la aprobación de resoluciones ambientales favorables a proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas. El resto de los derechos alegados vulnerados dice relación con tierras y territorios (14) referidos a deslindes, delimitación, titularidad y constitución de gravámenes. Los demás están referidos a derechos culturales y situaciones de discriminación racial.

Del estudio de los fallos relacionados con alegaciones por desconocimiento del deber de consulta se observa, por parte de las empresas titulares de los proyectos de inversión, Poder Ejecutivo –autoridad ambiental– y Tribunales Superiores de Justicia, un patrón de desconocimiento de las obligaciones que impone el Convenio 169, así como de la especial naturaleza jurídica de la consulta indígena al ser asimilada a los procedimientos de consulta ciudadana contemplados en la legislación interna, respaldando normativamente esta argumentación mediante la invocación persistente del Decreto Supremo 124 de Mideplan.

Entre los casos que dan cuenta de este patrón se puede mencionar el Proyecto Catanave, propiedad de la Minera Southern Cooper Corporation. Este proyecto fue objeto de reclamaciones por parte de comunidades y representantes indígenas aymaras en dos oportunidades. La primera fue intentada en contra de la presentación del Estudio de Impacto Ambiental –EIA– por parte de la empresa minera en base a la Ley General de Bases del Medio Ambiente, dentro del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Los recurrentes refirieron que el proceso de participación contemplado dentro del SEIA vulneraba los artículos 6, 7 y 15 que contempla la obligación de consulta a los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa o proyecto de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. La Corte de Apelaciones de Arica, sin pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida, desechó el recurso por extemporáneo[33]. La resolución no fue apelada y quedó firme y ejecutoriada.

Posteriormente el alcalde de Putre, perteneciente al pueblo aymara y miembro de la Comunidad Sucesorial Juan de Dios Arand, interpuso acción constitucional esta vez en contra de la resolución[34] emitida por la Comisión Regional del Medio Ambiente –CORAMA– de Arica y Parinacota, mediante la cual se calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto minero antes citado. Los recurrentes alegaron que la empresa proyectaba extraer parte de las aguas del bofedal de Catanave, ecosistema frágil y hábitat de comunidades y pueblos indígenas: "La zona afectada por el proyecto es lugar ancestral de pastoreo de la comunidad indígena de Ticnamar y de las comunidades aledañas aymara de Saxamar, Guallatire Calcuta y caseríos cercanos Misitune, Quilivire, Chua y Catanave"[35].

En respuesta a estos alegatos, el Servicio de Evaluación Ambiental de Arica y Parinacota –ex CORAMA–, sostuvo que el derecho a la participación estipulado en el Convenio 169 sólo alcanza los planes y programas de desarrollo y no los proyectos de inversión específicos[36], y que por último, el Decreto Supremo N° 124 del Ministerio de Planificación restringe la consulta a medidas legislativas y administrativas. En este sentido, la Resolución que aprueba un Estudio de Impacto Ambiental no constituiría para la institución medida administrativa "(…) al tratarse de meros actos administrativos terminales de alcance relativo, particular y temporalmente de alcance limitado"[37]. La Corte de Apelaciones acogió la pretensión sostenida por la administración y el titular

31 Corte de Apelaciones de Iquique, Sentencia Rol N° 20-2010, de 10 de febrero de 2010, confirmado por la Corte Suprema Rol N° 1454-2010 de 22 de febrero de 2010. Corte de Apelaciones de Temuco Rol N° 363-2011 de 2 de mayo de 2011, confirmada por la Corte Suprema Rol N° 4149-2011, de 18 de mayo de 2011.
32 Convenio 169 de la OIT, arts. 6.1 y 7.
33 Corte de Apelaciones de Arica, sentencia Rol N° 16-2010 de 19 de febrero de 2010.
34 Resolución Exenta N° 073 de 3 de diciembre del año 2010.
35 Corte de Apelaciones de Arica, sentencia Rol N° 9-2011 de 4 de marzo de 2011, vistos párrafo sexto.
36 Ibídem, página, 28.
37 Ibídem, página, 48.

del proyecto de inversión, y rechazó la acción intentada por las personas aymara. La Corte Suprema confirmó la sentencia dictada por la Corte de Arica[38].

En todos los casos analizados la autoridad ambiental sostuvo similares argumentos. En efecto, los mismos argumentos fueron sostenidos en el caso de la comunidad indígena aymara de Mulluri en contra del Ministro de Minería por acoger a tramitación la solicitud de concesión de exploración de energía geotérmica pedida por la sociedad Serviland Minergy S.A. sobre los territorios ubicados en el área de Desarrollo Indígena "Zona Alto Andino Arica Parinacota", proyecto de inversión que afectará bofedales y lugares de pastoreo ancestral[39]. Dicha licitación se realizó en el marco de la Ley N° 19.657 de Concesiones de Energía Geotérmica sin consulta previa. El Ministerio respondió que "la sola concesión no infringe las garantías constitucionales que sustentan el recurso y que las normas del Convenio 169 de la OIT son de naturaleza programática y las instituciones que contiene son recogidas en el ordenamiento jurídico vigente"[40]. Sin pronunciarse respecto al derecho a la consulta previa, la Corte de Santiago rechazó el recurso[41], y la Corte Suprema confirmó la sentencia del tribunal de alzada[42].

La misma comunidad indígena aymara de Mulluri interpuso acción de protección en contra del Ministro de Minería por negar reclamación y observaciones respecto de la convocatoria a licitación pública para el otorgamiento de concesiones de Exploración de Energía Geotérmica denominadas: "Licancura I, Licancura II y Licancura III", ubicadas en la comuna de Camarones, Región de Arica y Parinacota. En voto de mayoría la Corte de Santiago rechazó el recurso, entre otras razones, porque en el caso sometido a su conocimiento "nos encontramos frente a una concesión en etapa inicial de exploración de energía geotérmica, por lo que aún no se puede saber si tal energía será detectada en los territorios que pertenecen a la comunidad recurrente, y sin que el Estado de Chile haya implementado un sistema para proceder a efectuar la consulta que prescribe el referido Convenio"[43]. La consulta, no obstante lo señalado por el tribunal, de acuerdo a los estándares debe ser previa, desde sus etapas primeras. La OIT ha señalado al respecto que la "obligación de consultar no sólo se aplica al momento de tomar la decisión de explorar o explotar los recursos sino que también corresponde en un nivel más general, a lo largo de todo el proceso debido a que afecta los pueblos indígenas"[44].

En la Corte de Apelaciones de Temuco se concentran la mayoría de los recursos fallados y ejecutoriados en el período analizado en este informe (16). De ellos, 15 corresponden a acciones de protección de garantías constitucionales y uno a recurso de amparo. De las acciones de protección, ocho están relacionadas a alegaciones formuladas por comunidades indígenas por desconocimiento del derecho a consulta. En materia de consulta, sólo una de las acciones intentadas fue acogida[45], la que posteriormente fue revocada por la Corte Suprema[46] y cuyo fallo fue analizado en el Informe 2010. Seis de las acciones interpuestas en esta materia se dirigieron en contra de resoluciones de la autoridad ambiental que autorizaron proyectos de inversión en territorios indígenas.

Se advierte así la tendencia a desconocer la naturaleza de la consulta indígena y se observan los efectos del Decreto Supremo N° 124 de Mideplan, el que es invocado insistentemente por la autoridad recurrida para sustraerse de la obligación de proceder a la consulta, toda vez que por el mandado reglamentario, a juicio de la autoridad, resulta aplicable la ley ambiental y no lo estipulado en el Convenio 169.

La argumentación sostenida en tribunales pone en evidencia el esfuerzo de la administración por restringir los derechos y deberes garantizados en el instrumento internacional, lo que no se aviene con el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales y la prohibición de invocar normas de derecho interno para excusar su cumplimiento.

38 Corte suprema, Rol N° 2262-2011 de 16 de junio de 2011.
39 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol N° 1321-2009 de 6 de mayo de 2010, considerando primero.
40 Ibídem, considerando segundo.
41 Ibídem, considerando cuarto.
42 Corte Suprema, sentencia Rol N° 4943-2010 de 2 de agosto de 2010.
43 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol N° 1414-2009 de 29 de septiembre de 2010. Informe Ministerio de Minería, considerando duodécimo.
44 OIT, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, op. cit., págs. 107 y 108.
45 Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1705-2009 de 21 de enero de 2010.
46 Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1525-2010 de 17 de mayo de 2010.

Una variación positiva de la tendencia observada es el caso de la actualización del Plano Regulador de San Pedro de Atacama. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso intentado por representantes de comunidades indígenas que no fueron consultadas respecto a la propuesta de nuevo plano regulador, fundamentalmente porque en concepto de los jueces se trató de un proyecto que se ajustó en lo que a consulta se refiere a la normativa sectorial. La Corte de Antofagasta expresó que "(…) la comunidad fue escuchada en la instancia pertinente, de acuerdo a lo estipulado en (…) la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (…)"[47]. La Corte Suprema resolvió, al revisar esta sentencia, revocar el fallo y acogió la acción de protección en razón a que la aprobación del proyecto se hizo sin ejecutar "(…) el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, [que] previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas que permita llegar a entendimiento mediante un diálogo que ha de tenerse de buena fe con el propósito claro de arribar a acuerdos"[48], y que los procedimientos de consulta contemplados en la Ordenanza General de Urbanismo "distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha [y que] desplegar información no constituye un acto de consulta a los afectados, pues éstos, en ese escenario, no tienen posibilidades reales de influir en la nueva planificación territorial del lugar donde están localizados (…)"[49].

También sostuvo que el proceso inconsulto tornó ilegal el acto recurrido y devino en lesión a la garantía de igualdad ante la ley "porque al no aplicarse la consulta que el Convenio dispone, niega trato de iguales a dichas comunidades indígenas, puesto que la omisión implica 'no igualar' para los efectos de resolver"[50]. La Corte Suprema falló indicando que dicha medida debió haberse realizado mediante un Estudio de Impacto Ambiental "que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá ajustarse además a los términos que el Convenio 169 contempla (…)"[51].

No obstante esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional (2000) destacó la naturaleza autoejecutable de la disposición y la singularidad jurídica del derecho a la consulta indígena, al señalar la especial connotación jurídica de la consulta contemplada en el Convenio 169. En síntesis, para el juzgador constitucional hay en la consulta establecida en el instrumento internacional, una especial naturaleza jurídica que no se satisface con los procedimientos de consulta ciudadana establecidos en nuestro ordenamiento jurídico que está como hemos dicho concebida para la ciudadanía en general, no para los pueblos indígenas[52].

2. TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

La kainga, el mapu, o la pacha, es decir la tierra, es percibida por las propias culturas indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos como el fundamento esencial de la existencia, la vida, la cultura, la cosmovisión y el ejercicio de derechos políticos para los pueblos indígenas. De ahí que se sostenga que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales[53].

En atención a esta especial relación, los órganos internacionales de derechos humanos han señalado que el derecho de dominio y posesión tiene una dimensión colectiva que trasciende la concepción clásica de titularidad individual. "Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres

47 Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia Rol N° 782-2010 de 21 de diciembre de 2010, considerando décimo.
48 Corte Suprema, sentencia Rol 259-2011 de 13 de julio de 2011, considerando séptimo.
49 Corte Suprema, Rol N° 259-2011 de 13 de julio de 2011, considerando octavo.
50 Ibídem, considerando noveno.
51 Ibídem, considerando décimo.
52 En efecto, el TC ha señalado que, "[l]a argumentación del Presidente de la República en orden a que este tipo de consultas ya se encuentra establecido en nuestra legislación, citando en abono de sus tesis los artículo 34, 39, letra J), y 48, de la Ley Indígena, no es compartida por este Tribunal, habida consideración de la diferencia esencial que tiene la consulta a que se refiere el artículo 6°, N° 1°, letra a), de la Convención N° 169, con aquellas otras que se establecen en el actual ordenamiento positivo. Para demostrarlo baste señalar que si bien la respuesta a la consulta a que se refiere el tratado no tiene un carácter vinculante strictu sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N° 2° del mismo artículo 6°". Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 309 de 4 de agosto de 2000, considerando sexto.
53 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 112.

y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 (Derecho de propiedad) de la Convención para millones de personas"[54].

Un segundo carácter diferenciador de este derecho es que él recae no sólo sobre aquellas tierras reconocidas por el Estado como indígenas, sino además sobre aquellas que ancestralmente le han pertenecido a los pueblos indígenas. En otras palabras el derecho de los pueblos indígenas encuentra fundamento no en el registro de títulos o reconocimiento legal que el Estado hace de la propiedad, sino en la ocupación y el uso tradicional que de ellas hacen o han hecho los pueblos indígenas[55]. Para determinar el carácter ancestral la Corte IDH ha seguido criterios como a) la ocupación y recorrido de dichas tierras y sus alrededores por los miembros de la Comunidad; b) la toponimia de la zona; c) estudios técnicos elaborados al respecto, y d) la idoneidad de las tierras reclamadas[56].

Este derecho a la propiedad incluye la posesión, uso, ocupación y habitación de los territorios ancestrales[57].

La jurisprudencia del sistema interamericano de DDHH ha señalado al respecto que:

- La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado.
- La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.
- El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas.
- Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe.
- Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad[58].

"La ausencia o retardo de la titulación y demarcación de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales también pueden agudizar el impacto de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en dichos territorios, así como suscitar conflictos violentos entre dichos pueblos y terceros por causa de tales proyectos extractivos"[59]. Esta obligación de definir y demarcar el territorio sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad indígena se debe cumplir por los Estados en consulta y colaboración con los pueblos respectivos[60].

Por último y en relación a la extinción por el trascurso del tiempo del derecho sobre territorios tradicionales, el derecho internacional de los derechos humanos ha señalado que mientras persista la especial relación con dichas tierras subsiste el derecho a reivindicar la titularidad de tales tierras[61].

El Estado a través del Fondo de Tierras Indígenas de CONADI ha comprado y entregado una significativa cantidad de tierras[62] a personas indígenas, sin embargo, ha sido conminado a "que tome las medidas necesarias para acelerar el proceso de restitución de las tierras ancestrales a los pueblos indígenas y que establezca un mecanismo específico para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales, de acuerdo con la Convención

54 Ibídem, párrafo 87.
55 OIT. Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Op. cit., página 94.
56 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit., párrafo 93.
57 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Op. cit., párrafo 107.
58 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op. cit., párrafo 109.
59 Comisión IDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Op. cit., párrafo 95.
60 Ibídem, párrafos 98 y 99.
61 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Op. cit., párrafos 112 y 113.
62 Anaya, James. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, op. cit., párrafo 24: "El Relator Especial toma nota de que el Gobierno de Chile ha comprado y entregado un conjunto significativo de tierras de más de 140.000 ha, las que sumadas a las tierras fiscales regularizadas y que ya se encontraban en posesión indígena, totalizan hasta la fecha unas 657.520 ha, según la información oficial".

y demás normas internacionales relevantes. En particular, el Estado parte debería asegurarse de que las políticas de compra de tierras sean plenamente conformes con el Convenio 169 de la OIT y considerar aumentar el presupuesto de CONADI para que este organismo esté en condiciones de realizar sus funciones adecuadamente"[63].

A pesar de esta recomendación, comparando el presupuesto total asignado al Fondo de Tierras y Aguas para el año 2010-2011, destinado precisamente a garantizar la restitución de tierras reclamadas, se percibe una diminución del presupuesto en comparación al año 2010 de un 15,8%[64] lo que impacta el cumplimiento de metas de restitución de tierras.

Por otra parte, durante el año 2011 se han formulado críticas en relación a la ejecución presupuestaria del Fondo de Tierras y Aguas, que al segundo trimestre del año en curso sólo tendría una ejecución efectiva del 27%[65].

El INDH considera necesaria una legislación que establezca mecanismos que garanticen la restitución de tierras tradicionales indígenas, según entiende por ellas el derecho internacional de los derechos humanos. En este contexto y respecto de tierras en posesión de terceros, dicha legislación debe contemplar, entre otros mecanismos, las causales de expropiación que permitan la restitución eficaz de las tierras indígenas que estén inscritas a nombre de terceros, con la correspondiente compensación a favor de éstos. Respecto de tierras que estén a nombre del fisco, la legislación debe contemplar el expreso reconocimiento de la propiedad indígena sobre ellas, determinando modos y plazos para su delimitación e inscripción a nombre de sus titulares indígenas, estableciendo garantías judiciales efectivas para su restitución, delimitación e inscripción, incluyendo causales de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento. La legislación en este sentido debe salvaguardar el derecho de los pueblos a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Esta legislación debe ser resultado de un proceso donde los pueblos indígenas hayan tenido oportunidad de participar y ser consultados desde su elaboración hasta su promulgación.

Constituyendo la restitución de tierras, territorios y recursos naturales una de las principales fuentes de conflicto, expresadas en tomas y ocupaciones de predios e inmuebles por parte de personas indígenas que reivindican su titularidad, el INDH estima que debe evitarse la utilización indiscriminada del proceso penal –denuncias y querellas por usurpación– como respuesta a las demandas de restitución de tierras que están en disputa y, en ese contexto, previo al ejercicio de cualquier acción penal, debiera constatarse la existencia de reclamaciones de tierras de acuerdo al derecho internacional que puedan alterar la calificación penal de los hechos. En esta perspectiva, la Dirección Superior del Ministerio Público debiera instruir con carácter general al personal de esa institución para que, en los procedimientos seguidos contra personas indígenas se respeten las normas y principios del derecho nacional e internacional y, en particular, se tengan en cuenta las peculiaridades culturales de las víctimas e imputados indígenas.

3. LA SITUACIÓN DEL PUEBLO RAPA NUI

Desde que la Isla Te pito o Te henua fuera anexada al Estado de Chile en 1888 mediante el tratado o "Acuerdo de Voluntades"[66] a través del cual los jefes Rapa Nui habrían cedido la soberanía de la isla al Estado chileno, con expresa reserva de conservar la investidura y potestad que ostentaban como jefes políticos del pueblo Rapa Nui, y conservar los derechos de propiedad sobre todo el territorio insular, se ha dado una relación de conflicto con el Estado que en el período observado ha significado la violenta respuesta a las demandas levantadas por clanes y autoridades ancestrales en orden a que se reconozcan al pueblo Rapa Nui derechos políticos y territoriales sobre la Isla, precisamente en base al

63 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales Chile, Op. cit., párrafo 21.

64 Oficio N° 641 de CONADI, 29 de septiembre de 2011.

65 La Segunda, miércoles 2 de noviembre de 2011, pág. 9.

66 Suscrito el 9 de septiembre de 1888, por el Rey Atamu Tekena secundado por el Consejo de Jefes Rapa Nui, en representación del Pueblo Rapa Nui, y por el Capitán de Corbeta Policarpo Toro Hurtado, en representación del Estado de Chile. Cfr. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Primera Edición, Santiago, Octubre de 2008. Propuesta y Recomendaciones Relativas al Pueblo Rapa Nui, pág. 569.

reconocimiento del valor vinculante del acuerdo de voluntades de 1888.

Como consecuencia de demandas insatisfechas de miembros del pueblo Rapa Nui reivindicando tierras antiguas o ancestrales, entre los meses de agosto a diciembre de 2010 se llevaron a cabo acciones de protesta consistentes en la ocupación de inmuebles ubicados en tierras en disputa, incluyendo la ocupación de dependencias e inmuebles fiscales y algunos en manos de particulares. Estas movilizaciones culminaron con violentos desalojos llevados a cabo por la fuerza pública. Estos acontecimientos, que se verificaron durante el segundo semestre de 2010 en Rapa Nui, motivaron el desarrollo de dos Misiones de Observación por parte del INDH con el objeto de evaluar la situación de los derechos humanos del pueblo Rapa Nui en el marco de sus legítimas demandas de restitución de tierras y territorios ancestrales y de reconocimiento de derechos políticos. La primera misión se realizó entre los días 6 y 8 de diciembre de 2010 y la segunda se efectuó entre los días 16 y 19 de enero del año 2011. La delegación del INDH se entrevistó en esta última Misión con 40 personas, entre las que se encontraban autoridades estatales, abogados defensores, organizaciones sociales y personas integrantes del pueblo indígena Rapa Nui. En estas entrevistas el INDH constató cuatro temas de preocupación principales: la situación de las tierras ancestrales; la acción policial y el uso desproporcionado de la fuerza; los problemas de acceso a la justicia, y la vulneración al deber de consulta.

En relación a la reivindicación de tierras ancestrales, las personas rapa nui entrevistadas consideraron que los derechos de dominio sobre estas les pertenecen en virtud del "Acuerdo de Voluntades" de 1888, dado que hubo expresa reserva de derechos políticos y de dominio sobre el territorio insular y que la inscripción efectuada el año 1933 ante el Registro del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso a nombre del Fisco es violatoria de dicho acuerdo. El Estado de Chile ha enfrentado esta demanda a través, por un lado, de la instalación de mesas de diálogo[67] que se avocaron a estudiar propuestas en relación a cuatro temas: situación de migraciones; tierras; estatuto especial de Gobierno y Administración y plan de desarrollo. Por otro lado el Estado ha recurrido a la utilización y aplicación de la ley penal bajo las figuras de usurpación no violenta, amenazas y violación de morada, para perseguir a personas rapa nui movilizadas por reivindicaciones territoriales, incluyendo la utilización de la fuerza pública para el desalojo de bienes reivindicados, lo que en la práctica constituyó una obstrucción al dialogo para alcanzar acuerdos de solución duraderos.

Las mesas de diálogo han arrojado algunos resultados positivos como las restituciones del dominio en todo o parte de la propiedad en que se emplaza el Museo, la Radio Faro y Emaza, y el establecimiento de compensaciones en relación a los territorios de Puna Pau 1, Puna Pau 2, Casa de Oficiales de la Armada; Casa Funcionarios de la Armada, Aeropuerto y Casa de Profesores. Sin embargo, esto resulta insuficiente a la luz de los desafíos planteados por el pueblo Rapa Nui, especialmente en relación al reconocimiento y restitución de derechos políticos y territoriales, ambos asentados en el Acuerdo de Voluntades de 1888.

En cuanto a las denuncias por abuso y violencia policial con motivo de los desalojos a los inmuebles reivindicados por integrantes del pueblo Rapa Nui en agosto de 2010, y especialmente los sucesos del 3[68] y 29[69] de diciembre del mismo año que dejaron a un número importante de personas heridas, numerosos clanes[70] presentaron a la Comisión IDH una solicitud de medidas cautelares. El 17 de febrero de

67 El 6 de agosto de 2010, el Ministro del Interior, suscribió el documento denominado "Compromiso de Trabajo Conjunto" con el pueblo Rapa Nui. Dicho documento dispuso la confirmación de una Mesa de Trabajo para que en el plazo de 60 días desde su constitución se entregara propuesta frente a cada uno de los temas planteados. En Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT, pág 75.

68 Ordinario 001/2011 Director Hospital Hanga Roa. Heridos pertenecientes al pueblo Rapa Nui: Ricardo Tepano, Juan Tuki, Rodrigo Hey, Maori Pakarati, Roberto Icka, Gaspar Tepihe, Pedro Leviante, Teresa Tuki, Ángela Tuki, Benjamín Cardinali, Edith Atan, Margarita Pakarati, Verena Icka, Miguel Tuki, Ricardo Hito, Claudio Tuki y Johanna Pakarati. Carabineros heridos: Víctor Suazo, Eduardo Meza, Fernando Albornoz, Cristian Herrera, Juan Carlos Pinilla, Adrián Chihuaiqura, Carlos Villarroel, Héctor Prieto, Carlos Silva, Miguel Ángel Rodriguez, Julio Badilla, John Abraham Molina, Juan Carlos Riquelme, Martin Saavedra, Juan Novoa, Carlos Hernández, Jorge Vera, Oscar Palacios, Cristian Vallejos, Mónica Isla y Mara Pardo. Otros heridos, no atendidos en el hospital de acuerdo a los antecedentes recabados en la misión del INDH: Claudio Tuki Hito, Enrique Tepano Paoa, Moisés Tepano Teao, John Tuki Hucke, Mata Atan, Manuel Riroroko Figueroa, Santiago Tuki Atan Pedro Hito Cea y Marco Antonio Tuki Hito.

69 Ordinario N° 044/2010 Heridos pertenecientes al pueblo Rapa Nui: Jose Tuki, Yuly Hey, Kenny Pate, Juan Tuki, Rodrigo Hey, Jose Riroroko, Jose Osorio Teao, Cristian Atan y Luis Tuki. Carabineros heridos: Ximena Cáceres y Juan Isla.

70 Ver.http://polinesia-chilena.blogspot.com/2011/02/comision-interamericana-de-derechos.html.

2011, la Comisión IDH comunicó al Estado la adopción de estas medidas a fin de garantizar la vida y la integridad personal de integrantes del pueblo Rapa Nui[71] y ordenó "cesar inmediatamente el uso de la violencia armada en la ejecución de acciones estatales administrativas o judiciales contra miembros del pueblo Rapa Nui, incluyendo los desalojos de espacios públicos o de propiedad fiscal o privada". También llamó a garantizar que "(…) la actuación de agentes del Estado en el marco de las protestas y desalojos no ponga en riesgo la vida o la integridad personal de los miembros del pueblo Rapa Nui"[72]. El INDH lamentó el uso desmedido de la fuerza en reemplazo del diálogo y la moderación que los compromisos internacionales y la prudencia exigen, por lo que formuló un llamado público a garantizar condiciones para una solución consensuada del conflicto en términos armónicos con las obligaciones y criterios contenidos en el Convenio 169, la Declaración de la ONU y los demás instrumentos de derechos humanos pertinentes[73].

En relación al tercer punto de preocupación, referido a la posibilidad de acceder al sistema de administración judicial mediante una acción que asegure en condiciones de igualdad y no discriminación algún grado de satisfacción a las pretensiones formuladas por los titulares indígenas, estos señalaron desconfiar de las autoridades judiciales de la Isla. La política criminal desarrollada por el Ministerio Público en orden a continuar con los procesos penales iniciados por supuesta usurpación de tierras es vista como una aplicación excesiva de la pretensión punitiva del Estado. Esto, sumado a la lejanía de la Isla con el sistema de administración de justicia de rango superior al juez de garantía y el escaso número de abogados/as particulares, impiden que las demandas del pueblo Rapa Nui sean defendidas de manera efectiva. Esto se ve agravado por la circunstancia que en los procesos penales iniciados en contra de integrantes del pueblo Rapa Nui se les niega el uso de la lengua materna, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 98 inciso final y 291 del Código de Procedimiento Penal. El uso del castellano en todas las actuaciones frente al Estado y el desconocimiento de la lengua vernácula por parte de las autoridades impiden un real y efectivo ejercicio y goce de los derechos del pueblo Rapa Nui.

Finalmente, en relación al cuarto punto de preocupación referido al derecho a consulta, y la instalación de las cuatro mesas de trabajo integradas por representantes del Poder Ejecutivo, concejales y miembros de la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua (CODEIPA), constituidas con el objeto de estudiar y proponer en un plazo de 60 días alternativas de solución a los temas más relevantes manifestados por la comunidad, se manifestó al INDH que estas no cumplían con los estándares internacionales en materia de consulta. Entre las razones que permiten afirmar lo anterior está el que no han sido invitados los representantes del pueblo indígena elegidos por los propios Rapa Nui[74], y en la medida en que se produjeron desalojos violentos en el marco del diálogo destinado a dar respuesta a situaciones que se estaban negociando en dichas mesas. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas planteó a este respecto que es "necesario asegurar que exista una verdadera representación del pueblo Rapa Nui, mediante sus propias instituciones representativas (…) con el fin de asegurar la efectiva resolución de los asuntos medulares planteados (…)"[75].

Es deber del Estado, de conformidad con las obligaciones adquiridas al ratificar el Convenio 169 de la OIT y al adherir a la Declaración de Naciones Unidas, dar garantías efectivas de respeto a los derechos del pueblo Rapa Nui, asegurar un estatuto especial que permita a dicho pueblo el ejercicio de los derechos de participación y autonomía política sobre la isla y restituir las tierras y territorios de acuerdo a los estándares del derecho internacional de derechos humanos, en el marco de un proceso de consulta.

71 Comisión IDH MC 321-10 de 7 de febrero de 2011. Medida Cautelar.
72 Comisión IDH MC 321-10 de 7 de febrero de 2011. Medida Cautelar. http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp.
73 INDH, Declaración pública de 30 de diciembre de 2010.
74 El consejero de la CONADI Rafael Tuki fue excluido de las Mesas de Diálogo.
75 A/HRC/18/35/add.1. Anexo II Situación del pueblo Rapa Nui en la Isla de Pascua. 22 de agosto de 2011.

4. VULNERACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS

En materia de respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales de niños y niñas indígenas, hay dos aspectos especialmente relevantes de abordar en esta oportunidad. Por un lado, es necesario llamar la atención sobre la vulneración a los derechos de niños, niñas y adolescentes, de cariz especialmente violento y abusivo, en los contextos de demandas del pueblo mapuche. En segundo lugar, cabe referirse a los esfuerzos realizados por el Estado a los fines de garantizar una educación culturalmente pertinente, aun cuando quede mucho por hacer.

En primer lugar, el uso desmedido de la fuerza en el marco de movilizaciones indígenas ha impactado los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes de comunidades indígenas en conflicto. La Fundación Anide, la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile, y la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes presentaron en el mes de marzo de 2011 el "Informe sobre violencia institucional contra la niñez Mapuche en Chile" ante la Comisión IDH[76], que documenta graves violaciones a los derechos humanos, incluidos afectaciones a los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica y al debido proceso, proporcionando antecedentes verosímiles sobre abusos policiales, que han afectado a 130 niños/as y adolescentes pertenecientes a dicho pueblo desde el año 2001.

Dentro de estas graves violaciones se denuncia el homicidio del joven Alex Lemun Saavedra el año 2002, en el marco de una movilización por la recuperación de tierras; el caso de un bebé de 9 meses de edad de la comunidad Juan Catrilaf II, en octubre del 2009, quien fue herido con balines en diferentes partes del cuerpo; asfixias por bombas lacrimógenas en casa habitación y escuelas en el allanamiento a la comunidad tradicional de Temucuicui, en octubre del 2009; interrogatorios ilegales en establecimientos educacionales, como el caso de la Escuela Blanco Lepín Rewe Kimun, de la comuna de Lautaro, en octubre del 2010; o el registro de huellas digitales y pruebas de ADN a niños y niñas sin consentimiento de los padres y madres, como el caso de 14 niños y niñas detenidos en el Liceo de Ercilla en mes julio del 2009[77].

Desde fines de 2009, UNICEF desarrolla, junto a la Secretaría Ministerial de Justicia, el Proyecto de "Fortalecimiento de la protección de niños, niñas y adolescentes de origen mapuche en la Región de La Araucanía", que a través de un levantamiento diagnóstico constató la afectación de los derechos de niños, niñas y adolescentes mapuche derivados de allanamientos, interrogatorios y otras diligencias realizadas por funcionarios policiales en el contexto del conflicto con el Estado de Chile; la falta de regulación del procedimiento de constatación de lesiones para los casos de delitos violentos y ausencia de un registro de denuncias; escasa perspectiva intercultural con que se desenvuelven las instituciones que intervienen en el sistema de justicia; y condiciones de reclusión de los adolescentes mapuche infractores de ley que se encuentran en Centros del SENAME[78].

Las situaciones descritas han motivado la interposición de acciones constitucionales de protección a favor de niños, niñas y adolescentes indígenas, las que en algunos casos han sido acogidas por los tribunales superiores de justicia. Es el caso de la acción deducida a favor de una niña y un niño –ambos de diez años de edad– pertenecientes a la comunidad indígena Muko Bajo, motivado por interrogaciones efectuadas por miembros de la Policía de Investigaciones a los niños/as , hecho reconocido por la institución policial. La Corte de Temuco estimó que la actuación policial "careció de racionalidad y es, por tanto, arbitraria (…)"[79]. El tribunal reprochó el actuar policial al estimar que someter a interrogatorio a niños y niñas representa un acto "susceptible de causar trastornos y afectar la integridad psíquica de los niños interrogados, atendida la calidad de policías de los requirentes y el actuar en su condición de tales en el marco de una investigación penal"[80]. La Corte estableció que dicho actuar representó una seria afectación a la integridad

76 Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el 141 Periodo de Sesiones; 25 de marzo de 2011.

77 Ibídem.

78 www.unicef.cl/cursos2011/docs/bloques.php?f...proyecto.pdf

79 Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 545-2010 de 13 de mayo de 2010, considerando Quinto.

80 Ibídem, considerando sexto.

psíquica de los/as niños/as, garantizada en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, ordenando que en lo sucesivo la Policía de Investigaciones de Chile se abstenga "(…) de efectuar requerimientos o interrogaciones a los niños en cuyo favor se recurre, bajo cualquier modalidad, sin respetar los preceptos que a favor de éstos garantiza la Convención de Derechos del Niño"[81].

Posteriormente se interpuso una nueva acción de protección en contra de Carabineros de la Prefectura de Cautín, a favor de los/as alumnos/as de los cursos de 4° a 7° básico de la Escuela Blanco Lepin, Rewe Kimun, miembros de la comunidad Mateo Ñiripil, por hechos ocurridos en el mes de septiembre de 2010, consistentes en fotografiar a los educandos en sus salas de clase y efectuar interrogaciones a los niños y niñas mapuche, lo que ha afectado la integridad psíquica de estos. En ese escenario se denunció, por una parte, el caso de una niña de 9 años que presentó un episodio depresivo mayor que ha significado la derivación para tratamiento farmacológico; por otra parte, se denunció la aparición en los demás niños/as de la Escuela de "sintomatología asociada al desarrollo del Trastorno de Estrés Postraumático" motivado por el proceder policial[82]. La Corte resolvió acoger el recurso interpuesto en favor de los/as alumnos/as de la Escuela por la acción policial, por afectación a la integridad psíquica de los/as niños/as.

La gravedad de los casos señalados y en cumplimiento a los deberes de protección y garantía, el Estado debe realizar todas las investigaciones que correspondan a fin de determinar las responsabilidades que eventualmente correspondan, y adoptar todas las medidas que estén a su alcance para garantizar la no repetición de hechos como los descritos, proporcionando la debida protección a niños, niñas y adolescentes indígenas.

En segundo lugar, en cuanto al derecho a la educación culturalmente pertinente que refuerce la identidad y el idioma, la Ley N° 20.370 General de Educación[83] –LGE– reconoce la interculturalidad como uno sus principios articuladores (art. 3) y contempla que los establecimientos con alto porcentaje de alumnos/as indígenas desarrollen los aprendizajes que les permitan "comprender y expresar mensajes simples en lengua indígena reconociendo su historia y conocimientos de origen" en la educación básica, y "mantener su dominio de la lengua indígena y el conocimiento de la historia y la cultura de su pueblo" en la educación media. En la educación superior, no hay similar resguardo.

Desde 1996 y con anterioridad a la ratificación del Convenio 169 y a la mencionada LGE, el país cuenta con un Programa de Educación Intercultural Bilingüe –PEIB–. Este programa está acotado a la educación básica y su implementación es progresiva. Hoy opera en 320 de los 815 establecimientos que por el Decreto 280 debiesen implementarlo, llegando a 15.683 estudiantes indígenas (9,7% de la población escolar indígena) y estando ausente de las principales ciudades que presentan alta concentración indígena: Arica, Iquique, Antofagasta y Temuco. En este sentido, preocupa su estrechez presupuestaria y su operación por concursabilidad. Resulta preocupante que entre 2010 y 2011 su presupuesto se redujo en un 4%, impidiendo su debida implementación, expansión y el desarrollo de procesos de consulta, en consonancia con las obligaciones derivadas del Convenio 169. En este contexto, el INDH valora el esfuerzo emprendido por el PEIB, sin embargo constata que su cobertura es limitada no cumpliendo las propias metas establecidas por mandato legal, por lo que resulta necesario reforzar la cobertura del PEIB de nivel básico y extenderlo a la educación media, con adecuados y validados procesos de consulta a las comunidades.

Este año, el INDH ha apoyado la implementación de este programa, como experiencia piloto a nivel local que buscará replicarse en otras comunas del país, trabajando con el Consejo Mapuche de Cerro Navia, una de las comunas que concentra la mayor densidad de población indígena mapuche urbana en Santiago. En este marco se buscó la sensibilización de autoridades municipales, como un caso emblemático de las dificultades de ejercicio del derecho a la educación con pertinencia intercultural y, bajo la perspectiva de visibilizar la situación de los pueblos indígenas, evitar soluciones segregacionistas[84] y trabajar en pos de "favorecer

81 Ibídem, considerando noveno.

82 Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia Rol N° 1541-2010 de 12 de noviembre de 2010, considerando primero.

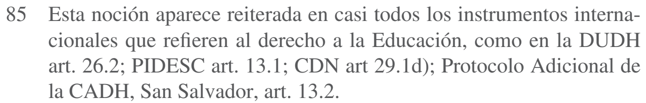
83 Publicada el 12 de septiembre de 2009.

84 Concentración de estudiantes de origen indígena en una sola escuela a nivel comunal.



la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos", que es parte de las finalidades de la educación[85].

En este marco, un grupo de senadores solicitó al Presidente de la República, por intermedio de un proyecto de acuerdo[86], favorecer la existencia de universidades interculturales, mecanismos adecuados y recursos adicionales para financiar instituciones y medios de educación indígenas. La extensión de la cobertura de educación intercultural a nivel de educación superior constituye un desafío necesario de alentar y satisfacer en la perspectiva de garantizar la pervivencia de las culturas indígenas en nuestro país.



85 Esta noción aparece reiterada en casi todos los instrumentos internacionales que refieren al derecho a la Educación, como en la DUDH art. 26.2; PIDESC art. 13.1; CDN art 29.1d); Protocolo Adicional de la CADH, San Salvador, art. 13.2.

86 El texto en lo fundamental solicita al mandatario realizar las gestiones necesarias para incluir dentro de las propuestas de mejoramiento del sistema de educación superior en Chile, el establecimiento de universidades interculturales. También piden que se establezcan mecanismos adecuados y recursos adicionales para financiar instituciones y medios de educación indígenas, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

3

DERECHO A LA EDUCACIÓN



DERECHO A LA EDUCACIÓN



ANTECEDENTES

El derecho a educación ha sido reconocido temprana y ampliamente en la comunidad internacional y nacional, tanto por su valor como derecho en sí mismo como porque su disfrute es condición necesaria para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Chile cuenta con una larga historia de políticas públicas que han ido ampliando el ejercicio de este derecho, con la expectativa que ello permita superar la pobreza y generar mayor igualdad social. Pese a los avances logrados, estas expectativas de transformación social depositadas en la educación no se han cumplido de acuerdo a lo esperado, ya que el sistema ha tendido a reproducir las desigualdades estructurales del país.

El actual sistema educativo de provisión mixta ha logrado avances significativos en la cobertura educacional, en todos sus niveles, siendo los más importantes los registrados en la educación preescolar y superior, que aumentaron su cobertura en más del doble en los últimos 20 años, y en el caso de los niveles de transición I y II de la educación parvularia, ha llegado a cobertura similar a la de la educación básica. Además, el acceso a la educación básica alcanza a un 93,2% de la población, y en la educación media se extiende al 94,7% si consideramos a la población mayor de 18 años que se encuentra realizando estudios secundarios[1]. Sin embargo, estas coberturas se ven al mismo tiempo afectadas por normativas, mecanismos y prácticas discriminatorias en el sistema educativo que generan desigualdades en la calidad de los procesos de enseñanza/aprendizaje a los que se accede y en las posibilidades de continuar estudios hacia niveles superiores.

1 Datos Casen 2009.

En Chile, algunos de estos problemas han ido adquiriendo mayor visibilidad en el debate público a propósito de las demandas del movimiento estudiantil, en tanto otros temas están menos presentes en el debate, lo que dificulta que el Estado y la sociedad los perciban como desafíos pendientes. Por la vastedad de aspectos y dimensiones que involucra el derecho a educación, se han priorizado en el análisis del informe 2011, los problemas relacionados con la discriminación y la desigualdad, quedando para futuros informes el análisis detallado sobre la pertinencia, suficiencia y relevancia de la educación que se recibe en los distintos niveles educativos.

LA DEMANDA ESTUDIANTIL POR EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Las demandas del movimiento estudiantil para obtener soluciones a un conjunto de problemas relacionados principalmente con el costo y la calidad de la educación han puesto en el debate público la noción de la educación como derecho en contraposición a la noción de la educación como bien de consumo, cuestionando el sistema de financiamiento actual y exigiendo al Estado el cumplimiento efectivo del derecho a una educación gratuita y de calidad para todos y todas. Los cuestionamientos se han dirigido principalmente al lucro presente en todos los niveles del sistema educacional, al endeudamiento bancario de las familias para financiar carreras universitarias, al autofinanciamiento de las universidades públicas, al sistema de financiamiento compartido en el nivel escolar, a las limitaciones a la participación estudiantil y al hecho que el mercado no asegura calidad ni

igualdad de oportunidades, sino más bien genera discriminación socioeconómica[2]. Estos cuestionamientos expresan un sentir generalizado en el país y han contado con una fuerte adhesión ciudadana: el 39% de la población estima que el derecho a la educación no está protegido en Chile y el 77% considera que la mala calidad de la educación es el principal factor de la desigualdad en Chile[3]. Además, el 80% desaprueba el lucro en la educación[4].

Si bien el Gobierno realizó diferentes anuncios y convocó, a fines de agosto, a una Mesa de Diálogo con el objetivo de revisar las demandas del movimiento estudiantil y articular consensos, la iniciativa fracasó al persistir el desacuerdo en temas estructurales que versan sobre la gratuidad de la educación y el fin del lucro, cuyas consecuencias impactan en la forma de estructuración del sistema de educación formal, su acceso y financiamiento. Este desacuerdo ha implicado movilizaciones, huelgas de hambre[5], tomas de establecimientos y una prolongada paralización de los establecimientos educacionales secundarios y superiores, lo que ha puesto en riesgo el año académico y el acceso a beneficios como becas para el año 2012, afectando a gran parte de la población escolar que cursa enseñanza media en establecimientos municipales y algunos particulares subvencionados, tanto en Santiago como en regiones. Se estima que al menos unos 245.000 estudiantes secundarios no han recibido procesos formales y regulares de enseñanza en grado suficiente como para poder culminar el año escolar y que 50 mil estudiantes secundarios no podrán aprobar este año de estudios[6]. Así también, en los planteles universitarios asociados al Consejo de Rectores de Chile (CRUCH), si bien han iniciado oficialmente el segundo semestre, cerca del 50% de los estudiantes federados no están de acuerdo con retomar las clases y deponer las manifestaciones[7].

Frente a estas demandas y a la crisis educacional chilena, el INDH ha manifestado su opinión a través de una declaración[8] y se ha pronunciado el Relator Especial sobre el derecho a la educación de Naciones Unidas respecto a la necesidad de avanzar en el aseguramiento de una educación de calidad y accesible a todos y todas, no pudiendo estar condicionado a la capacidad de pago o endeudamiento de los estudiantes o sus familias, dado que ello representa una práctica de discriminación[9].

1. ASPECTOS NORMATIVOS

El derecho a la educación implica, a lo menos, tres dimensiones que dan cuenta de un derecho de prestación (acceso al proceso de educación y aprendizaje) y dos libertades que se encuentran enlazados (libertad de elección de la educación y libertad de enseñanza). Las obligaciones específicas que se generan para su protección, los estándares orientadores para ello, así como para garantizar su ejercicio han ido precisándose en la última década y han sido recogidos de manera importante en la normativa nacional, muy en consonancia con lo que establecen la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), Convención de los Derechos del Niño (arts. 28 y 29), y la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza (arts. 4, 5), desarrollando una noción de educación continua y la generación de ofertas respetuosas de la diversidad sociocultural de la población, como ejes de este derecho.

2 Carta al Presidente de la República enviada por la Confech el 23 de agosto de 2011. En: http://es.scribd.com/doc/62915395/Carta-Presidente

3 INDH, Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, marzo 2011.

4 El apoyo a la movilización estudiantil y a sus demandas ha ido en aumento, según registran las encuestas mensuales de Radio Cooperativa, Imaginacción y Universidad Técnica Federico Santa María, pasando del 27% de adhesión al inicio del conflicto a más del 75% en agosto. Además, el Estudio Nacional de Opinión Pública del Centro de Estudios Públicos registra que el 80% está en desacuerdo con el lucro en la educación (CEP, junio-julio 2011, publicada en septiembre).

5 El INDH visitó a los estudiantes secundarios en huelga de hambre de Buin, pertenecientes a tres liceos técnico-profesionales y a los del Liceo Darío Salas, para constatar su estado de salud y, ayudarles a concretar su demanda para encontrar puntos de salida para deponer su huelga.

6 Cifra estimada en función de los datos oficiales del programa "Salvemos el Año Escolar", aportados por la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación.

7 Resultados del Referendum de la Universidad de Chile y de los procesos de consulta realizados en los diferentes centros de alumnos y federaciones estudiantiles universitarias de la Confech.

8 Declaración emitida el 10 de agosto de 2011, disponible en http://www.indh.cl/indh-hace-llamado-a-asumir-oportunidad-historica-para-mejorar-la-educacion-en-chile

9 Declaración emitida el 10 de agosto de 2011, disponible en http://www.indh.cl/indh-hace-llamado-a-asumir-oportunidad-historica-para-mejorar-la-educacion-en-chile; y Comunicado de prensa del 9 de septiembre de 2011 http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11357&LangID=S

Una primera dimensión es la que refiere al derecho a participar de procesos educativos y a aprender. Esto se enmarca bajo una idea de educación continua, que integra obligaciones para los Estados y estándares básicos respecto a su garantía, que refieren a brindar a lo menos educación primaria universal (acceso para todos y todas, sin distinciones ni discriminaciones de ningún tipo) y secundaria generalizada, es decir, independientemente de las aptitudes o capacidades de los estudiantes, y en ambos casos, los procesos deben ser de igual calidad para todos. Respecto a la educación superior, el estándar fija una accesibilidad para todos, según sus capacidades. En todos estos niveles, la provisión de educación debe ser gratuita y, en los casos en que esto aún no sea así, los Estados deben avanzar en definir un plan que permita llegar a esa gratuidad en un plazo razonable[10]. Además, la educación que se brinde en escuelas públicas y privadas debe orientarse a desarrollar al máximo las potencialidad de las personas, tanto en lo que refiere a la formación de ciudadanos/as activos/as, responsables y respetuosos/as de los derechos humanos, como en lo referido a la adquisición de capacidades y competencias para tener una subsistencia digna y aportar al desarrollo de la sociedad.

Una segunda dimensión se refiere a la libertad de elección de la educación que se espera recibir, la que recae en los padres y madres o tutores de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a los marcos éticos y culturales de cada familia.

La tercera dimensión alude a la posibilidad de que existan ofertas educativas distintas a la estatal, que bajo la libertad de enseñanza enriquezcan estas alternativas, pero que respondan a la normativa general que regula la educación y que no tengan por finalidad o efecto excluir a algunos grupos[11].

Al igual que en otros derechos económicos, sociales y culturales, las tres dimensiones del derecho a educación imponen al Estado obligaciones de respeto, protección y garantía, siendo la provisión de la educación básica universal y la prohibición de discriminación en la esfera de la enseñanza de carácter inmediato, y las obligaciones referidas a la implementación de gratuidad en la educación superior, de carácter progresivo.

10 Observaciones Generales N° 11 y N°13.
11 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, art. 2.

A nivel nacional, la normativa reconoce el derecho a educación en sus tres dimensiones, pero su garantía y justiciabilidad están limitadas. La Constitución señala que "[p]ara el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición […]. La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito destinado a asegurar el acceso de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad" (art. 19. N°10, incs. 4 y 5)[12]. En estos aspectos cabe señalar que la normativa nacional presenta mayores niveles de resguardo o estándares aún más exigentes que los propuestos por el sistema universal de protección de derechos, al menos al nivel declarativo, extendiendo la gratuidad a los niveles preescolares y la educación media. Y en paralelo, tiene un vacío al no contemplar en estas obligaciones de manera expresa en el nivel superior y solo reconocer un "deber de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles" (art. 19. N°10, inc. 6).

Por otra parte, la Constitución señala que "[l]os padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos" (art. 19. N°11, inc. 4), y que "[l]a libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales" (art. 19. N°11, inc. 1), haciendo reconocimiento de estas otras dos dimensiones del derecho a educación.

No obstante estos reconocimientos constitucionales, el derecho a educación no está incorporado en el catálogo contenido en el art. 20 que establece los derechos amparados por el recurso de protección. En agosto del presente año, ingresó al Congreso una moción parlamentaria[13] que busca modificar esta debilidad en la tutela del derecho a educación, pero carece de urgencia en su tramitación.

En otros niveles, la legislación nacional ha avanzado en reconocer el derecho a educación y se ha normado a favor de eliminar algunas barreras o discriminaciones que afectan su

12 En el año 2003 se realizó una modificación constitucional que extendió la educación obligatoria y gratuita a 12 años (Ley N° 19.876, del 22 de mayo de 2003).
13 Boletín 7.851-04. Proyecto de reforma constitucional sobre tutela del derecho a la educación pública, gratuita y de calidad. Ingresado el 9 de agosto de 2011.

ejercicio. La Ley General de Educación (LGE)[14] explicita el reconocimiento de la educación como derecho humano (art. 3°),reafirma la protección de su ejercicio para las jóvenes embarazadas y madres (art. 11)[15], y establece obligaciones al Estado en materia de eliminación de discriminación al señalar que "[e]s deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras" (art. 4° inc. noveno). Se suma a esto la norma que refiere a las personas con necesidades especiales que rige desde 1994, en el marco de la ley de inclusión social[16].

Junto a estos avances, persisten en los marcos normativos regulaciones que vulneran el derecho a educación en sus principios de universalidad en la educación básica y de acceso generalizado en la media, principalmente determinado por los sistemas de cobro y selección que restringen el acceso a la educación en función de aptitudes o de características socioculturales de los estudiantes y/o de sus familias (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG N°11 y N°13). La propia Ley General de Educación (art. 12) regula la selección de estudiantes en la educación básica y media, sin embargo, no prohíbe todas las categorías sospechosas de discriminación[17]. Por otro lado, la normativa que fija el sistema de financiamiento de establecimientos preescolares y escolares que reciben subvención del Estado contraviene lo dispuesto constitucionalmente respecto a la obligación de gratuidad en la educación en estos niveles. Por otra parte, en la educación superior tampoco hubo avances en la instalación progresiva de gratuidad, tal como indican los estándares internacionales. Por el contrario, se ha implementado un sistema de financiamiento compartido en la educación escolar[18], y sistemas crediticios como mecanismo de acceso financiero a la educación superior. Esto refleja una regresión en materia de derecho a la educación, lo que es problemático desde el punto de vista de las obligaciones del Estado en materia de respeto y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales.

Considerando los efectos discriminatorios que subyacen al actual sistema, y dado que el Estado no ha dado respuesta a la comunidad internacional respecto a las observaciones y consultas sobre las razones para adoptar esta alternativa de provisión mixta, con posibilidad de lucro[19], ni se ha referido a la implementación de acciones en concordancia con los compromisos asumidos en el Examen Periódico Universal referidos a iniciativas que eliminen actitudes discriminatorias en la educación pública, en el incremento presupuestario para mejorar la calidad de la educación y adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que excluyen del sistema educativo (párr. 96, numerales 27, 55 y 56), haciendo necesario llamar la atención sobre el insuficiente grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado en torno del derecho a la educación.

2. LA SITUACIÓN DE LA EDUCACIÓN EN CHILE

El ejercicio del derecho a la educación ha presentado importantes avances en materia de disponibilidad, dado que la cobertura educacional ha ido creciendo y se ha expandido hacia los niveles preescolares y de educación superior, permitiendo que la población cuente con más años de escolaridad y que sea cada vez menor el porcentaje de personas que no participa del sistema educativo. Sin embargo, los marcos normativos que regulan la política educacional en sus distintos niveles, así como los mecanismos administrativos y financieros, se articulan de forma tal que el sistema segmenta a la población según su capacidad económica, generando una oferta diferenciada en calidad que refuerza las desigualdades sociales que presenta la sociedad chilena.

Estos mecanismos administrativos y financieros son contrarios al principio de igualdad y no discriminación. Si bien la

14 Ley N°20.370, del 2 de julio de 2010.

15 La LGE (Ley N°20.370, del 2 de julio de 2010) reconoce en su art. 11 esta proyección, recogiendo y reafirmando lo establecido previamente en la Ley N° 19.699, del 5 de agosto de 2000 sobre esta materia.

16 Ley N° 19.284, del 14 de enero de 1994.

17 El art. 12 Ley N° 20.370, prohíbe la selección de estudiantes preescolares y hasta 6° básico por motivos de rendimiento o socioeconómicos, dejando abierta la posibilidad de seleccionar por otros motivos o categorías sospechosas, como la opción religiosa, política. En la educación media y superior, no existe ninguna restricción a la selección dejando un amplio margen de discrecionalidad administrativa a los sostenedores.

18 Ley de 1993, Decreto con Fuerza de Ley N° 2, del 28 de noviembre de 1998.

19 Esta situación ha generado recurrentes observaciones de los comités de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/1988/14-E/C.12/1988/4 parr. 201; E/C.12/1/Add.105 2004, parr. 28), y el de los Derechos del Niño (CRC/C/CHL/CO/3 2009, parr. 61).

provisión mixta de educación no representa un incumplimiento de los deberes del Estado[20], su funcionamiento bajo los mecanismos de selección y cobro producen y reproducen la desigualdad social y generan una situación de discriminación estructural. Así, la población accede a procesos educativos de diferente calidad según su capacidad de pago, y solo algunos pueden ejercer su derecho a elección del tipo de educación que desean. Este es el principal problema del derecho a la educación y del cual se derivan otros, referidos a la calidad de la enseñanza, la disparidad de recursos disponibles para el aprendizaje, la homogeneización sociocultural de las aulas y las brechas de acceso que afectan a grupos tradicionalmente discriminados.

GRATUIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación genera obligaciones referidas al acceso a establecimientos o modalidades educacionales, prohibiendo la discriminación y promoviendo la eliminación de todo tipo de barreras que impidan a las personas incorporarse a los procesos educativos. De allí la importancia de la gratuidad y la no discriminación como principios rectores del acceso a la educación[21].

Desde la reforma de 1981, las políticas públicas y la normativa en este campo van en sentido contrario a la promoción de educación gratuita. Ha disminuido la oferta pública de educación de acceso gratuito y se ha permitido el cobro en todos los niveles de enseñanza[22], desde la preescolar, pasando por la educación básica y media, hasta la superior, incluyendo establecimientos que cuentan con financiamiento estatal, lo que representa la aceptación de normas que vulneran el derecho a la educación. El sistema de subvenciones no cubre toda la educación preescolar, aunque sí lo hace en la educación escolar y el financiamiento de la educación superior se logra por un sistema basado en becas y créditos. Con todo, el aporte estatal no cubre la totalidad de las matrículas, mensualidades y aranceles generando una brecha que deben cubrir las familias, lo que tiene un efecto negativo sobre el ejercicio del derecho a elegir el establecimiento educacional que consideren mejor, dado que sólo se puede acceder a los establecimientos que pueden costear, más aún cuando esta oferta se ve reducida y segmentada por el problema de segregación residencial. Esto ha tenido un fuerte efecto discriminatorio en el acceso y en la calidad de la educación que se recibe, evidenciado en las brechas de aprendizaje, en las tasas de repitencia y en los años de escolaridad que logran las personas. Esto también se expresa en las mayores tasas de deserción en los establecimientos que atienden a la población más vulnerable, debido a razones económicas y a los bajos niveles de aprendizaje que, a su vez, no les permiten acceder o permanecer en la educación superior.

SEGREGACIÓN SOCIOECONÓMICA EN LA EDUCACIÓN PRE-ESCOLAR Y ESCOLAR

El Estado ha adoptado medidas para mitigar la desigualdad generada por el sistema, regulando algunas dimensiones de los cobros directos de la educación y subsidiando gastos indirectos para los estudiantes de familias de bajos ingresos, pero aún resultan insuficientes para contrarrestar los efectos discriminatorios en acceso y calidad de la educación.

La Ley de Subvenciones[23] fija los montos máximos de cobro por concepto de matrícula y escolaridad en los establecimientos con financiamiento estatal y establece como

20 "El sector privado, cuando regulado, puede desempeñar un papel en la provisión de educación en todos sus niveles, a la par con el Estado, cuya obligación es garantizar que los grupos desfavorecidos económicamente o marginados no sean excluidos del sistema educativo". Kishore Singh, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Comunicado de prensa 9 de septiembre de 2011.

21 PIDESC Observación general N°11 parrs. 7 y 10 y PIDESC Observación general N°13, parrs. 10; 13-14; 19-20; 31-37 y 57 (HRI/GEN/1/REv.7); Informe sobre el derecho a la educación, enero 2004 (E/CN.4/2004/45).

22 Estadísticas de matriculación 2010, Ministerio de Educación. En: http://w3app.mineduc.cl/DedPublico/archivos_de_datos; y estadísticas de financiamiento compartido entregado por la Coordinación Nacional de Subvenciones, que son consistentes con las entregadas por Casen 2009, que señalan que el 10,9% de las familias del primer quintil y el 11,9% de las del segundo quintil pagan mensualidades en establecimientos de dependencia municipal, porcentaje que supera el 42% y el 58%, respectivamente entre quienes estudian en establecimientos particulares subvencionados, en estos mismos quintiles.

23 En el DLF N° 2 se establece la posibilidad de financiamiento compartido y los montos máximos permitidos en escolaridad, según nivel de enseñanza y dependencia del establecimiento; en tanto que por medio del Decreto Exento N° 1789/2007 regula el cobro de matrículas prohibiéndolo en enseñanza básica con subvención del Estado, independientemente de su dependencia, y fijando sus máximos para la enseñanza media, diferenciando por tipo de dependencia en distintos niveles de la educación.

no obligatorios[24] otros pagos asociados, como cuotas de centros de padres[25]. Adicionalmente, a través de la Ley de Subvención Escolar Preferencial[26] se establece un trato diferenciado destinado a mejorar los procesos educativos de los y las estudiantes de mayor vulnerabilidad, propiciando su integración en establecimientos particulares subvencionados, mediante el incentivo de un mayor valor de la subvención, a condición de que no operen procesos de selección ni cobros derivados del financiamiento compartido para estos estudiantes, beneficio que se extendió recientemente a los dos últimos años de la educación preescolar y a la educación media[27]. Pese a estas medidas, las escuelas mantienen un alto nivel de segregación socioeconómica y la prohibición de cobros directos a las familias se ve vulnerada, lo que se constata en las más de 1.400 denuncias recibidas por el Ministerio de Educación en el 2010 y las más de 1.100 registradas en el primer semestre 2011, en referencia a estudiantes de educación preescolar, básica y media[28]. Además, las familias reportan la exigencia de certificados de remuneraciones en los procesos de selección de establecimientos de todo tipo de dependencia, así como prácticas de expulsión o cancelación de matrícula por razones económicas, tanto en escuelas municipales como particulares subvencionadas, que en el caso de la educación preescolar, a nivel de salas cuna y transición medio menor, ni siquiera cuenta con subvenciones, por lo que este factor del cobro se hace más patente.

Estos problemas se ven agravados por la escasa capacidad de fiscalización con la que cuenta el Ministerio de Educación en relación con las prohibiciones y limitaciones de los cobros realizados a las familias.

Por otra parte, las políticas educativas generadas a través de la Junaeb para contener los efectos negativos de los costos indirectos de la educación como los materiales necesarios para el proceso educativo, el transporte para asegurar accesibilidad a los establecimientos, o la alimentación, no logran cubrir a toda la población escolar vulnerable. Si bien el Estado realiza un gran esfuerzo fiscal, al prácticamente universalizar la entrega de textos escolares, y generar sistemas ampliados de becas de alimentación escolar, en materia de becas de útiles escolares y uniformes, sólo se logra cubrir al 57% de la población en pobreza[29].

En la práctica, tal como se observa en la siguiente tabla, las familias de mayores ingresos pueden considerar opciones académicas o valóricas para ejercer su derecho a elegir la educación que se desea mientras que las familias de menores ingresos restringen sus opciones a las variables de base económica (cercanía y costo), siendo muy escasas las que pueden optar en función de la calidad de la oferta educativa.

24 El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General N°11, párrafo 7) considera no permitidos los cobros de matrícula, centro de padres y otros afines porque pueden representar barreras al acceso a la educación y su calificación de voluntaria es muy difícil de garantizar por los Estados.

25 DLF N° 2 de Subvenciones y Decreto Exento N°3/2011, sobre matrículas, centros de padres y financiamiento compartido, así como las prohibiciones de cobro para los estudiantes prioritarios (Ley Nº 20.248 art. 6°, a)).

26 Ley Nº 20.248, de 1 de febrero de 2008.

27 Ley Nº 20.550 del 26 de octubre de 2011, que modifica la Ley Nº 20.248.

28 Durante el año 2010 la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerios de Educación recibió 160 denuncias contra establecimientos municipales por cancelación de matrícula por razones económicas, o por cobros indebidos (de matrículas, financiamiento compartido, cuotas de centros de padres, a alumnos prioritarios exentos de pago, retención de documentos por deudas, entre otros). Esta cifra llegó a los 959 casos en la educación particular subvencionada y a 224 entre los particulares pagados. Otras 80 denuncias no identifican la dependencia del establecimiento. Similar proporción se da en el primer semestre 2011, en ellas se distinguen 33 denuncias en educación preescolar, 562 en educación básica y 527 en educación media.

29 Las becas de útiles y uniformes se entregan a estudiantes clasificados en primera prioridad SINAE (indigentes urbano o pobres rurales, con menos de 4.213 puntos Ficha Protección Social –FPS–, integrado a Chile Solidario y parte de la red Sename), sin embargo, los estudiantes clasificados en prioridad 2 y 3 (Población pobre con puntaje entre 4213,5 y 8.500 en FPS), no cuentan con este beneficio. Para el 2011, la población en primera prioridad SINAE fue de 1.064.759 estudiantes de básica y media; en tanto la población escolar en segunda y tercera prioridad suman 792.587.

RAZONES DE ELECCIÓN DE ESTABLECIMIENTO EDUCACIONAL, SEGÚN FAMILIAS DE ESTUDIANTES DE 4° BÁSICO (%)

NIVEL SOCIOECONÓMICO DEL HOGAR DE LOS ESTUDIANTES DE 4° BÁSICO	RAZONES DE ELECCIÓN				
	CERCANÍA AL DOMICILIO	ECONOMÍA	EXCELENCIA ACADÉMICA	ORIENTACIÓN VALÓRICA	OTRAS RAZONES
Bajo	70,16	5,03	3,95	3,96	16,01
Medio bajo	64,56	4,34	6,87	5,34	18,89
Medio	40,76	2,83	17,58	17,20	21,63
Medio alto	24,32	1,61	25,89	26,60	21,58
Alto	12,98	0,47	24,04	33,78	28,73

Fuente: Elaboración propia, a partir de base de datos Encuesta de Padres y Apoderados, Casen 4° básico 2010.

SEGREGACIÓN SOCIOECONÓMICA EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

La situación de acceso a la educación superior es aún más limitada que la que presenta la educación escolar, dado que el 85,4% de su financiamiento proviene de fuentes privadas[30]. Si bien la matrícula en este nivel se ha incrementado significativamente, llegando a involucrar al 40% de la población entre 18 años y 24 años[31], sigue habiendo un acceso claramente diferenciado según el ingreso de los hogares, y por los efectos acumulativos de un acceso a educación de diferente calidad generado por esta misma variable. Las coberturas de las becas y créditos, pero también los costos de las carreras, distan del estándar internacional que establece el acceso para todos quienes tengan capacidad.

El 57% de los y las estudiantes de educación superior que provienen de los hogares de menores ingresos (quintiles I y II), carecen de todo tipo de apoyos estatales para la realización de sus estudios –incluyendo sistemas de crédito, CORFO o bancario con aval del Estado–, afectando más a quienes cursan carreras técnico-profesionales. Esta modalidad de la educación superior cuenta con escasas instituciones acreditadas, por lo que sus alumnos no pueden acceder a los mecanismos de financiamiento estatal.[32] Adicionalmente, el segmento estudiantil que se integra a ella tampoco logra los niveles de rendimiento exigidos para optar a becas y créditos (450 puntos PSU). En ambos casos los requisitos han sido pensados en función de la educación universitaria y no han sido adaptados para responder a las necesidades y capacidades que debiesen ser relevadas en la educación técnico-profesional, constituyéndose de hecho en una nueva barrera de acceso, como se manifiesta en la siguiente tabla:

30 OCDE, Miradas sobre la educación 2011: los indicadores de la OCDE, pág. 250.

31 Casen 2009.

32 Presentación de Eugenio Díaz, Consejero de la Comisión Nacional de Acreditación, "Aportes de institutos profesionales y centros de formación técnica a la pertinencia y equidad de la educación superior", en Seminario organizado por la Comisión de Educación, Deportes y Recreación de la Cámara de Diputados, 6 de junio de 2011.

COBERTURA DE LOS APOYOS ESTATALES (BECAS Y CRÉDITOS) DECLARADOS POR LOS ESTUDIANTES DE EDUCACIÓN SUPERIOR (QUINTILES SELECCIONADOS)

PORCENTAJE COBERTURA COSTO DE LA CARRERA	QUINTIL I		QUINTIL II	
	EDUCACIÓN TÉCNICO-PROFESIONAL	EDUCACIÓN UNIVERSITARIA	EDUCACIÓN TÉCNICO-PROFESIONAL	EDUCACIÓN UNIVERSITARIA
0% cobertura	71,8%	45,9%	76,6%	45,7%
hasta el 25%	0,3%	2,3%	0,1%	2,7%
Entre el 26% y el 50%	3,0%	5,3%	2,3%	8,3%
Entre 51% a 75%	2,2%	7,8%	1,2%	8,6%
Entre el 76% y el 99%	7,6%	12,5%	5,4%	10,1%
Cubre el 100%	15,2%	26,2%	14,4%	24,5%
Total	**100,0%**	**100,0%**	**100,0%**	**100,0%**

Fuente: Elaboración propia, a partir de base de datos Casen 2009, considerando la población que cursa estudios superiores.

Quienes acceden a créditos, pero también las personas que obtienen becas estatales, igualmente están obligadas a hacer un desembolso y a asumir una deuda incrementada por los altos intereses, dado que existe una importante brecha no regulada entre el arancel de referencia y los cobros efectivos que se hace a los estudiantes, por lo que estos mecanismos se muestran ineficientes para garantizar el acceso y permanencia en la educación superior. Aún con sus limitaciones, estos apoyos son solicitados por la población, ya que sin ellos disminuyen las posibilidades de continuidad del estudio. Esto se refleja en las más de 4.086 denuncias que recibió la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación en torno a los procesos de asignación de becas y créditos en el primer semestre de 2011 (84% del total de denuncias relativas a educación superior), en que la mayoría de ellas solicita reconsideración de antecedentes ante el riesgo de abandono. El Gobierno se ha comprometido a aumentar el número de becas para cubrir la totalidad de la población de los dos primeros quintiles[33]; sin embargo, la ampliación de 130 a 200 mil becas no se ajusta a la magnitud de la población sin apoyo que muestra la Casen 2009.

LIMITACIONES DE DISPONIBILIDAD, ACCESO Y PERMANENCIA EN LOS PROCESOS EDUCATIVOS: UN PROBLEMA POCO VISIBLE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A EDUCACIÓN

No obstante la cobertura, hay poblaciones que por su dispersión geográfica (zonas rurales) o por las dificultades de realizar un proceso sostenido y exitoso de formación (los privados de libertad, adultos con escolaridad incompleta, migrantes, poblaciones indígenas y a personas con necesidades educativas especiales)[34], no cuentan ni con cupos suficientes ni con alternativas para el ejercicio de su derecho a educación, ya sea porque no constituyen una demanda fuerte que incentive la inversión privada o porque los municipios de los cuales dependen no cuentan o no destinan los recursos suficientes.

CARENCIA DE OFERTA EDUCACIONAL EN LOS SECTORES RURALES

La disponibilidad de establecimientos y cupos de matrícula de educación preescolar en los sectores rurales es aún insuficiente, pese a que se han generado programas que intentan aumentar la oferta y responder a las necesidades

33 Medidas del Gobierno en Educación. Documento presentado por el ministro Felipe Bulnes, 11 de agosto de 2011. http://www.mineduc.cl/usuarios/mineduc/doc/201108181324420.Medidas%20del%20Gobierno%20en%20Educacion.pdf

34 El tratamiento particularizado al derecho a la educación de grupos específicos, como migrantes, personas con necesidades especiales e indígenas han sido abordado en los capítulos relativos a estos grupos de este mismo informe.

específicas, como es la atención de hijos de temporeras y de comunidades trashumantes, como la pehuenche. El 13% de las familias de los sectores rurales indica que no cuentan con establecimientos cercanos a donde enviar a sus hijos e hijas.

Por otra parte, la situación de la población que asiste a educación media es preocupante, dado que los cupos de matriculación se reducen a menos de la mitad entre los niveles de básica y media[35], situación que obliga a migrar para continuar los estudios, aumentando el riesgo de deserción y los costos familiares indirectos de la educación. De hecho, según los datos Casen 2009, las razones de no asistencia escolar en la población de 14 a 21 años que no ha culminado la educación media por temas de acceso (cercanía o transporte) es 4,5 veces mayor en la zona rural que en la urbana. El Estado ha generado mecanismos compensatorios a través de becas de residencia, internados y subsidios de transporte rural[36], que facilitan la permanencia en el sistema, pero que no pueden mitigar otras afectaciones a derecho, como es la separación de la familia.

La continuación de estudios superiores también se ve altamente restringida, y sólo es posible de resolver por medio de migración hacia centros urbanos, dado que no existen modalidades educativas que permitan cursar estudios superiores técnico-profesionales ni universitaria, en zonas rurales, pese a que algunas casas de estudio han empezado a abrir sedes en localidades que no son capitales regionales y a generar modalidades más flexibles (programas virtuales o semipresenciales) que potencialmente facilitarían el acceso para la población rural.

35 En el 2009, 26.551 estudiantes aprobaron 8° básico y 1.773 repitieron primer año de enseñanza media en establecimientos ubicados en zonas rurales. Sin embargo, la matrícula 2010 para Primer Año de enseñanza media sólo registró 13.266 alumnos en establecimientos rurales, lo que representa el 47% de la matrícula potencial requerida para mantener a los alumnos estudiando en sus localidades de origen. Esta cifra no considera el importante número de niños y niñas que migra tempranamente por temas educacionales.

36 No fue posible acceder a información desglosada por nivel de enseñanza ni otras variables relevantes para poder estimar porcentaje de cobertura de este tipo de becas y apoyos estudiantiles.

EDUCACIÓN BÁSICA DE ADULTOS, UN DERECHO INVISIBILIZADO

La educación fundamental[37] está experimentando una regresión en sus niveles de respeto, protección y garantía que no es admisible. Los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen en el derecho a educación la necesidad de proveer educación fundamental a las personas adultas que no hayan logrado acceder o culminar estudios básicos[38]. En Chile, de acuerdo a los resultados de la encuesta Casen 2009, el 24,2% de la población mayor a 21 años (2,3 millones de personas) tiene menos de 8 años de escolaridad, y de ésta, 450.781 personas son analfabetas. El 13% de los padres y madres de niños y niñas que hoy cursan educación básica, no cuenta con este nivel de escolaridad completo[39]. Frente a estas cifras las medidas adoptadas por el Estado aparecen como insuficientes. En 2011, de las 149.463 personas matriculadas en educación de adultos modalidad regular, solo 22.457 lo hicieron en educación básica, lo que representa menos del 1% de la población sin escolaridad básica. Por ello, preocupa el cierre del programa Chile Califica que significó el traspaso de la modalidad flexible y de la campaña de alfabetización al Ministerio de Educación para que mantenga una oferta educativa para esta población; sin embargo, se efectuó una reducción presupuestaria que impide mejorar la cobertura[40].

37 El sistema de Naciones Unidas usa este término sin definir los años de escolaridad que ello implica ni las competencias básicas a las que refiere, siendo estos elementos un debate en cada contexto nacional, en función de los niveles de desarrollo social que se tienen. Para el caso de Chile, a lo menos se debe considerar la educación básica, aun se podría proyectar esta restitución de aprendizaje a la escolaridad obligatoria, dado que ésta juega como una fuerte barrera de integración socioeconómica.

38 Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, art. 4 c; PIDESC art. 13 N°2, d).

39 Datos construidos a partir de la encuesta a padres y apoderados, asociada a la aplicación de la prueba Simce 4° básico 2010, 31.677 padres y 30.869 madres declararon tener una escolaridad menor a 8° básico.

40 En el año 2010, el Estado destinó por Ley de presupuesto M$12.438.723 para el desarrollo de modalidad flexible, modalidad regular, campaña contigo aprendo y del sistema nacional de certificación de estudios (snec); cifra que se redujo a M$6.929.797 en el 2011, monto que si bien no incluye viáticos y honorarios, que hacen posible la implementación de algunos de estos componentes, implica una fuerte reducción entre ambos años.

BARRERAS A LA PERMANENCIA EN EL SISTEMA ESCOLAR DE ADOLESCENTES EMBARAZADAS

En el 2010 hubo 4.806 casos de embarazo adolescente y 7.803 madres adolescentes registradas por el departamento de salud del estudiante de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (Junaeb), y 65 denuncias de no resguardo del derecho a la educación en estudiantes embarazadas o madres, recepcionadas por la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación. Durante el primer semestre de 2011 ingresaron 42 denuncias similares. Con todo, el porcentaje de establecimientos en donde los padres y madres declaran conocer casos de expulsión o cancelación de matrícula por esta causa supera el 10% en los municipales, el 25% en los particulares subvencionados y sobre el 28% en los particulares pagados, según consta en el Cuestionario censal a Padres de 2° medio, Simce 2010. Esto evidencia que, pese a su prohibición expresa desde el año 2000[41], hay escasa capacidad para fiscalizar y contener prácticas de discriminación, las que no logran ser eliminadas solo por la vía legal. Esta preocupación ha sido expresada con anterioridad por el Comité de CEDAW y por el de los Derechos de los Niños[42], sin que se evidencien avances significativos en la adopción de medidas para hacer efectiva la continuidad de estudios de estas adolescentes.

DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

Las cifras que dan cuenta de los problemas de permanencia en el sistema escolar y tratos discriminatorios de parte de las personas adultas a cargo (docentes, inspectores, dirección) que sufren estudiantes que tienen preferencias sexuales o identidades de género diversas son difíciles de estimar. En la medida que su reconocimiento social es materia de debate y discriminación, esto no facilita la generación de información sobre la materia. Con todo, es necesario mencionar que en esta materia se han presentado 10 denuncias en el 2011 ante la Oficina de Atención Ciudadana del Ministerio de Educación, una de las cuales compromete agresiones severas, ocurridas contra un estudiante transexual de un establecimiento municipal de Rancagua, por parte del director del establecimiento.

41 Ley N° 19.699, del 5 de agosto de 2000.

42 CEDAW, CEDAW/C/CHI/CO/4, párr. 17 y 18; CRC/C/CHL/CO/3 2007, párrafo 21.

3. ADAPTABILIDAD, ACEPTABILIDAD Y PERTINENCIA DE LA EDUCACIÓN: LA CALIDAD EN TENSIÓN[43]

La finalidad de educación y su parámetro de calidad, desde una perspectiva de derechos humanos, se resume en dos líneas del desarrollo de las personas: una referida la adquisición de capacidades para la participación social y el logro de una subsistencia digna, y otra, referida a la formación de una ciudadanía respetuosa de los derechos humanos. Aquí se aborda sólo la última de ellas siguiendo la premisa de que la educación en derechos humanos es una condición para la calidad de la misma[44].

En concomitancia a las obligaciones de acceso y no discriminación, el ejercicio del derecho a la educación implica la generación de instancias formativas capaces de responder a las necesidades de los diferentes grupos de población, siendo necesario que los Estados tomen medidas para hacer efectivo este derecho sin discriminaciones[45] para garantizar aprendizajes relevantes y pertinentes que respondan a la finalidad de capacitar a las personas para poder participar

43 El ejercicio del derecho a educación implica la generación de instancias formativas capaces de responder a las necesidades de los diferentes grupos de población. Lejos de ser un proceso homogeneizante, debe propender a valorar y resguardar la diversidad, particularmente de pueblos indígenas y minorías. En ello, las responsabilidades del Estado son las de regular los procesos de enseñanza para que respondan a criterios mínimos que deben ser cubiertos en todas las modalidades de enseñanza y que garanticen la finalidad del desarrollo del máximo de las potencialidades de niños, niñas y adolescentes. Junto a ello, las garantías de que estas instancias formativas deben ser aceptables para los padres y los estudiantes, adaptarse a las condiciones de aprendizaje, y respetar la diversidad cultural e idiomática de la población. En los capítulos referidos a los pueblos indígenas, a la población con necesidades especiales y respecto a la población migrante, se han incorporado observaciones específicas sobre el ejercicio del derecho a la educación y sus garantías.

44 Visión planteada por el Consejo Ejecutivo de la Unesco. "Elementos de una estrategia Global de la Unesco en materia de derechos humanos (165 EX/10, párrafo 31) y reafirmados por los Relatores Especiales del Derecho a Educación K. Tomasevski (E./CN.4/2004/45, párrafo 48) y V. Muñoz (E7CN.4/2005/50 2004, párrafos 102-118).

45 Al respecto véase la Declaración Mundial de Educación para Todos (Jomtien 1990) y la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (art. 24).

efectivamente de una sociedad libre, democrática y pluralista, así como para lograr una subsistencia digna[46] En ello, las responsabilidades del Estado de regular los procesos de enseñanza para que respondan a criterios mínimos que deben ser cubiertos en todas las modalidades de enseñanza y que garanticen la finalidad del desarrollo del máximo de las potencialidades de todas las personas.

Los bajos niveles de logro en competencias instrumentales como la lecto-escritura y el pensamiento lógico-matemático, concentrados principalmente en estudiantes de establecimientos con financiamiento estatal, que reflejan en las pruebas Simce y PSU[47], así como los bajos niveles de empleabilidad que logran los egresados de centros de formación técnica e institutos profesionales[48], dan cuenta de fuertes falencias en este aspecto. Las causas de este problema son múltiples, algunas normativas, otras de financiamiento y recursos materiales y humanos a los que se accede en los establecimientos educacionales o a través de las familias, pero también por el efecto de pares que genera la segmentación educativa y la concentración de la población con mayores requerimientos y dificultades para aprender en los mismos establecimientos, lo que reduce sus oportunidades. Todo este cuadro, que se sustenta en problemas de desigualdad que atraviesan toda la sociedad chilena, reafirma una función reproductora de desigualdad, toda vez que los mecanismos de regulación y protección del derecho a educación con que cuenta el Estado chileno son claramente insuficientes. Adicionalmente, la modificación de este sistema y la reparación de sus efectos implicará un proceso de mediano-largo plazo.

LAS OBLIGACIONES DE ORIENTAR LA EDUCACIÓN HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

La educación no puede restringirse al aprendizaje instrumental, siendo imprescindible que el Estado garantice, a través de sus políticas educativas y por todos los medios disponibles, el reconocimiento de los derechos humanos, el autorreconocimiento de las personas como sujetos de derecho, y la formación ciudadana.

Tras la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional de Educación (LOCE) de 1990, el currículum escolar atravesó un proceso de reforma educacional que culminó en 2004, dando paso en 2006 a un proceso de ajuste. Ambos procesos han significado una creciente integración de la educación en derechos humanos (EDH) en el currículum, expresado en objetivos y contenidos sobre estos derechos tras su total ausencia durante la dictadura. La EHD ha ido aumentando su presencia en todos los niveles y en particular en la educación parvularia y en IV medio; su enfoque transversal ha permitido su enseñanza a través de varios sectores de aprendizaje, contando además un tratamiento particular en el sector de Historia y Ciencias Sociales. Sus temas refieren tanto a aspectos normativos y de tratados internacionales, Estado de Derecho y democracia, como a nuevas temáticas, como identidad, diversidad cultural, convivencia social y memoria.

Con la Ley General de Educación se ha iniciado la reformulación de las bases curriculares, cuya propuesta ya fue presentada a sanción ante el Consejo Nacional de Educación (CNED). El borrador de dicha propuesta fue objeto de observaciones por parte del INDH dada la fuerte reducción de los contenidos y objetivos relativos a derechos humanos, observaciones que fueron presentadas al Ministro de Educación y posteriormente ante el propio Consejo Nacional de Educación[49]. Los puntos más relevantes de esta regresión de la presencia transversal de la Edu-

46 Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.1; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, art.13.2.

47 Cerca del 90% de la población escolar de nivel socioeconómico bajo y medio-bajo logra puntajes inferiores a 300 puntos en la prueba de segundo medio, lo que se considera el umbral de aprendizaje del nivel. Véase informe sobre resultados nacionales prueba Simce 2010, disponible en: http://www.simce.cl/fileadmin/Documentos_y_archivos_SIMCE/Informes_2010/IN_2010_web_baja.pdf; Respecto a los resultados PSU, según datos oficiales del Demre, el 49% de los estudiantes de establecimientos técnico-profesionales no logra el puntaje mínimo para hacer una postulación a universidades o acceder al Crédito con aval del Estado. Si se analiza por dependencia, esta situación la vivencia el 42% de quienes estudian en establecimientos municipales, el 30% de quienes cursaron estudios en establecimientos subvencionados, y solo el 7% de quienes lo hicieron en establecimientos privados sin subvención estatal.

48 Según los datos Casen 2009, el 28,6% de la población con estudios técnicos completos de nivel superior se encontraban desempleados, en tanto que la población con estudios universitarios de pregrado completo que presentaba igual situación era seis puntos porcentuales menor.

49 Oficios N° 330 y N° 554, respectivamente.

cación en Derechos Humanos, la ausencia de una noción de Estado, sus funciones relacionadas con la promoción, protección y realización de los derechos humanos; la visión reduccionista de los pueblos indígenas sin valoración de su presente y sus derechos; la eliminación de toda mención al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; la presentación errónea de derechos que se desprenden de la Convención de Derechos del Niño, así como la reedición de un currículum tradicional que pone acento en los hechos bélicos, sin establecer ninguna mediación valórica que en el vínculo pasado-presente releve la importancia de la resolución pacífica de conflictos y promueva la paz entre las naciones.

Por otra parte, en la formación de profesionales universitarios se da un escaso énfasis al reconocimiento, valoración y respeto de derechos humanos. Los diagnósticos desarrollados por el INDH durante el año 2011 muestran que los cursos de formación integral que incluyen Educación en Derechos Humanos son pocos en general, e incluso la formación inicial docente carece de una articulación coherente para responder a la política educativa nacional, y no marca los perfiles de egreso de los futuros docentes. Los cursos específicos de derechos humanos son prácticamente inexistentes e incluso en los que debiese haber a lo menos una relación indirecta, su inclusión es casi nula, siendo la excepción las carreras de educación de párvulo y diferencial que incorporan elementos sobre los derechos de niños y niñas, así como al principio de no discriminación, en sus mallas curriculares.

LA EDUCACIÓN SEXUAL COMO DERECHO DE LOS/AS ESTUDIANTES Y DEBER DEL ESTADO

Una educación de calidad que habilite para un ejercicio responsable de ciudadanía y de participación social no puede olvidar la formación en temas de educación sexual. Sin embargo, las tensiones sociales que se generan en torno a la discusión de cómo educar en este campo han hecho que la política educativa sea general y restrictiva, sin aportar orientaciones en esta materia, estableciendo que ésta es una responsabilidad primaria de la familia y que existe "plena autonomía de los establecimientos para elaborar planes y programas propios de acuerdo a sus requerimientos y opciones de las comunidades educativas"[50].

El país mantiene una fuerte deuda en esta materia, tal como se lo han hecho ver diversos Comités de derechos humanos que han representado al Estado de Chile la necesidad de implementar programas de educación sexual[51] orientados a favorecer las uniones y la procreación responsable[52], promover la salud sexual y reproductiva, dando a conocer mejor los métodos anticonceptivos seguros y aumentar el acceso a ellos[53]. De estas observaciones se desprenden estándares básicos de lo que debiese contener un programa de educación sexual y sobre los cuales el Estado tiene roles inexcusables de promoción y regulación que no puede restringir ni delegar aludiendo a la libertad de enseñanza. Si se analizan los siete programas que puso a disposición el Ministerio de Educación en acuerdo con el Servicio Nacional de la Mujer durante el presente año, se constata que un tercio de estos programas no se ajustan a los estándares internacionales que se derivan de las observaciones, ya que limita sus contenidos de salud reproductiva a respuestas únicas (sin alternativas) de carácter heteronormativas, es decir, reafirman una única forma de afectividad basada en relaciones heterosexuales, lo que puede avalar situaciones de discriminación respecto a personas de preferencia sexual o identidad de género diversas. Esta situación es preocupante, más aún si se considera que los programas no son gratuitos, tienen diferente valor y que las escuelas deben concursar a fondos que cubren parcialmente sus costos, siendo precisamente los que no se ajustan a los estándares internacionales de derechos humanos, los que resultan ser más económicos para las comunidades educativas.

50 Ministerio de Educación, Política de Educación en sexualidad, 1993, acápite 2.4 .

51 Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al tercer Informe periódico de Chile (E/C.12/1/Add.105, 2004, párrafo 54; CRC/C/CHL/CO/3, 2007, párrafo 56), Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al cuarto informe periódico de Chile (CEDAW/C/CHI/CO/4, 2006, párrafo 18) y Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos del Niño al tercer informe periódico de Chile (CRC/C/CHL/CO/3, 2007, párrafo 56).

52 Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al cuarto informe periódico de Chile (CEDAW/C/CHI/CO/4, 25 de agosto de 2006, párrafo 18).

53 Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al tercer Informe periódico de Chile (E/C.12/1/Add.105, 1 de diciembre de 2004, párrafo 54).

POLÍTICAS DE CONVIVENCIA ESCOLAR Y PROMOCIÓN DE UNA CULTURA RESPETUOSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La generación de una cultura respetuosa de derechos humanos y una educación que se encamine hacia la convivencia y la amistad entre las personas y naciones tiene una primera expresión al interior de los establecimientos escolares. Si bien las cifras de la Encuesta Nacional de Violencia Escolar muestran entre 2005 y 2009 una sistemática disminución de las situaciones de agresión y violencia en los espacios escolares –en un 12% en las agresiones físicas y en más del 22% en las psicológicas–, preocupa que haya incrementado la violencia grave y constitutiva de delito, como las agresiones sexuales y con armas, pasando de un 1% y un 2,2% a 3% y 4,3% respectivamente; datos que son reafirmados por el Estudio de *bullying* desarrollado por la Corporación Opción en el 2010[54].

54 Opción (2011), *Estudio sobre el bullying en estudiantes de enseñanza básica y media de la RM*. Santiago: Unidad de Estudios, Corporación Opción.

La irrupción del *bullying* como concepto técnico y como canalizador de una preocupación social ha conducido a que el Parlamento presente varias iniciativas de regulación de las prácticas de violencia en los establecimientos educacionales. Lamentablemente, en ellas han primado las visiones que homologan los problemas de convivencia y violencia escolar con problemas delincuenciales, reforzando mecanismos que trabajan las responsabilidades individuales de los y las agresoras sin que en ninguna de las propuestas se establezcan acciones que refuercen el rol del Estado en materia de protección de la integridad de las personas. El INDH presentó ante la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados esta perspectiva a los proyectos en discusión. La Ley sobre violencia escolar[55] contempló la capacitación de los agentes de la comunidad escolar en estas materias, pero no acogió el punto central: el establecimiento de las responsabilidades del Estado en la garantía de espacios de aprendizaje libres de violencia. Eso implica, además de asegurar el apoyo técnico (capacitación), la destinación de recursos para el desarrollo de las labores indicadas en la ley y el monitoreo de las políticas de convivencia, así como el resguardo del ejercicio de otros derechos que pueden verse afectados en los procesos de sanción permitidos por esta ley.

55 Ley N° 20.536, del 17 de septiembre de 2011.

4

DERECHO A LA MANIFESTACIÓN



EL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN

4

ANTECEDENTES

Desde la recuperación de la democracia que en Chile no se producían tantas manifestaciones sociales como en este año. Todas ellas tienen su origen en la necesidad de expresar diversas ideas y posiciones que en ocasiones se oponen a las políticas del Estado. En enero, las manifestaciones sociales se produjeron en la Región de Magallanes, a partir del anuncio del gobierno sobre la reducción del subsidio en el costo del gas en un 16.8%[1]. En febrero hubo diversas manifestaciones en Dichato, relacionadas con demandas por la reconstrucción tras el terremoto y tsunami de febrero de 2010, las que se repitieron en julio[2]. Posteriormente, la aprobación del proyecto Hidroaysén en mayo produjo una gran marcha que reunió en Santiago a más de 30.000 personas[3]. Similares manifestaciones se repitieron en Valparaíso, Concepción, Temuco y La Serena. Durante el mismo mes se realizaron marchas en las principales ciudades del país, principalmente en relación con el día del trabajador y el discurso presidencial del 21 de mayo. En junio, otra manifestación importante fue por la diversidad sexual organizada por Movilh y Fundación Iguales, la que reunió a 80.000 personas[4]. Un mes después, la marcha por los valores y la familia, organizada por Transforma Chile, reunió a 1.000 personas en Santiago[5].

Las manifestaciones que han congregado a la mayor cantidad de gente han sido las organizadas por estudiantes secundarios, superiores y profesores, en torno a exigir una educación gratuita y de calidad. Son estas marchas las que más han llamado la atención este año, tanto por su persistencia en el tiempo como por el alto volumen de asistentes, la creatividad en algunas presentaciones artísticas, y el fuerte apoyo social que han suscitado y mantenido. Según la Encuesta Adimark de agosto del presente año, el 76% de la población expresó adherir a las demandas educacionales[6].

Sin embargo, muchas de estas manifestaciones sociales han terminado con hechos de violencia tales como saqueos por parte de grupos inicialmente minoritarios, pero que al parecer han ido creciendo, destrozos en locales de comercio, incendios a automóviles, hechos de violencia policial hacia los y las manifestantes, en especial en las marchas no autorizadas por la Intendencia Metropolitana como las del 4 de agosto y 13 de octubre, y numerosos carabineros heridos[7]. En relación a estos últimos hechos, en julio de 2011, la Directora del INDH envió una carta al General Eduardo Gordon –Director General de Carabineros al momento de los hechos– lamentando las heridas sufridas por dos sargentos en los desórdenes posteriores a las manifestaciones de fecha 14 de julio.

1 Lanacion.cl, Multitudinaria manifestación en Magallanes por alza de gas, 9 de enero de 2011.
2 Cooperativa.cl, Piñera en Dichato: vine en son de paz, 17 de febrero de 2011.
3 Cooperativa.cl. Manifestaciones contra Hidroaysén se desarrollaron en varias ciudades de Chile, 14 de mayo de 2011.
4 Biobiochile.cl, Movilh califica de histórica marcha por la Diversidad Sexual, 25 de junio de 2011.
5 LaTercera, Marcha por los Valores y la Familia reúne a cerca de mil personas, 30 de julio de 2011.
6 Adimark GFK, Encuesta: Evaluación Gestión del Gobierno. Informe Mensual agosto 2011, pág. 58.
7 Según información de Carabineros de Chile, en el contexto de las manifestaciones 106 funcionarios han terminado con algún tipo de lesión (87 con heridas leves, 12 con heridas menos graves y 7 con heridas graves). Por su parte, informan que 121 civiles han resultado con algún tipo de herida (119 leves, una menos grave y una grave). Carabineros de Chile, Oficio N° 2098 de fecha 14 de septiembre de 2011 en respuesta al INDH, pág. 12.

Estos hechos se han traducido en denuncias en torno al uso desproporcionado de gases lacrimógenos, detenciones arbitrarias y preventivas, maltratos físicos hacia manifestantes, entre otras. El resultado más trágico de esta violencia ha sido el homicidio de Manuel Gutiérrez, joven de 16 años, quien en la madrugada del 25 de agosto del presente año fue alcanzado por una bala de Carabineros en la comuna de Macul.

Las manifestaciones son una expresión genuina de la democracia y constituyen un espacio colectivo de expresión reconocido como "el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos"[8]. Como tal, tiene que ser especialmente resguardado frente a restricciones que busquen limitar la expresión de demandas o de voces generalmente excluidas. Por lo mismo, resulta preocupante que hechos de tanta violencia tengan lugar en estos contextos donde de manera lamentable han resultado heridos tanto carabineros como civiles, producto en ocasiones del actuar de encapuchados.

La existencia lamentable de saqueos y de afectación a la propiedad privada y pública ha llevado con frecuencia, en estos meses, a no distinguir entre los hechos criminales que se producen y las manifestaciones. Esto ha tenido consecuencias en materia de derechos humanos, dado que las autoridades de Gobierno, a través de Carabineros han reprimido las manifestaciones, confundiendo en ocasiones el legítimo ejercicio de derechos con acciones delictivas. Las autoridades han invocado el orden público y la necesidad de su reforzamiento entendiéndolo en oposición a cualquier alteración o desorden del mismo. La identificación, procesamiento y sanción de quienes cometen actos delictivos en dichos contextos no debiera obscurecer el hecho de que Chile se enfrenta a una nueva etapa en su democracia que requiere, desde las autoridades, nuevas perspectivas acordes con el pleno ejercicio de los derechos humanos.

En este sentido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (la Relatoría) ha señalado que:

> "el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo, por ello también la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas. El operativo de seguridad desplegado en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes"[9].

La frecuencia y magnitud de las manifestaciones llevó al Poder Ejecutivo a expresar en diferentes oportunidades que no autorizaría más marchas. El ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, manifestó que "las marchas deben detenerse. Nuestro gobierno no autorizará marchas estudiantiles en nuestras alamedas […] Las cosas tienen un límite y el tiempo de las marchas se acabó"[10]. Asimismo, el alcalde de Santiago Pablo Zalaquett, sostuvo que de mantenerse las marchas el Poder Ejecutivo debería analizar la opción de solicitar ayuda a las Fuerzas Armadas[11], señalando también que "no vamos a prestar la Alameda"[12]. Dentro de este cuadro de evidente tensión, el 4 de agosto del presente año se realizaron dos marchas sin autorización de la Intendencia Metropolitana, lo que provocó una fuerte reacción policial y la detención de 308 personas[13], en su mayoría menores de edad. Según información levantada por el INDH en terreno, sólo en la 3ª Comisaría de Santiago hubo 216 personas detenidas, de las cuales 145 eran adolescentes, es decir, el 67,1%. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) estos hechos fueron de tal preocupación que mediante un comunicado de prensa sostuvo que el Estado de Chile debe "adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto por los derechos a la libertad de expresión, a la reunión y a la manifestación, imponiendo solamente aquellas restricciones que resulten estrictamente necesarias y proporcionales y que toman en cuenta la obligación especial del Estado de garantizar los derechos de los estudiantes secundarios y universitarios"[14]. Asimismo, en su

---

8 Gargarella, Roberto, El derecho a la protesta: el primer derecho, Editorial Ad hoc, 2007, pág. 19.

9 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, pág. 152.

10 Lahora.cl, Ministro Hinzpeter: "El tiempo de las marchas se acabó", 3 de agosto de 2011.

11 El Mostrador.cl, Zalaquett considera factible sacar las FF.AA. a las calles el 11 de septiembre, 14 de agosto de 2011.

12 Cooperativa.cl, Alcalde Zalaquett y marchas de estudiantes: No vamos a prestar la Alameda, 3 de agosto de 2011.

13 Carabineros de Chile, Oficio N° 2098 de fecha 14 de septiembre de 2011, en respuesta al INDH.

14 Comisión IDH, CIDH manifiesta preocupación por violencia contra protestas estudiantiles en Chile, Comunicado de Prensa N° 87/11, 6 de agosto de 2011.

143° período de sesiones celebrado en octubre de 2011, dedicó una audiencia temática sobre la materia solicitada por el Instituto Igualdad.

En su momento, el INDH planteó que "la negativa de la autoridad a autorizar las manifestaciones convocadas para el día de hoy [4 de agosto] no contribuye al clima de paz social que requiere el país para procesar las demandas que distintos sectores de la ciudadanía han venido expresando y hacen evidentes las limitaciones y deficiencias de nuestras instituciones políticas para dar solución a ellas"[15]. La manifestación social constituye el ejercicio colectivo de derechos humanos esenciales dentro de una democracia, como es la libertad de expresión y de reunión, cuyo ejercicio está garantizado tanto por tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, como por la Constitución Política de la República. Se trata de formas de participación que implican el ejercicio de derechos constitucionales, esto es, derechos reconocidos por la misma comunidad con carácter de fundamentales, siendo la manifestación social una forma de participación en los asuntos públicos, que busca llamar la atención de sus instituciones y de la comunidad en su conjunto.

El presente capítulo asume como punto de partida la obligación que tiene el Estado de garantizar y respetar el derecho a la manifestación, y a la vez disminuir los efectos colaterales indeseados. Así, se analizan en primer lugar los aspectos normativos del derecho a la manifestación, para posteriormente considerar los principales obstáculos identificados en ejercicio de este derecho.

1. ASPECTOS NORMATIVOS

El derecho a la manifestación se construye normativamente a partir de la libertad de expresión y el derecho de reunión. Son estos los que, al conjugarse, protegen que toda persona o grupo de personas se manifieste públicamente. Tal como ha señalado la Relatoría, "el intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información"[16]. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido el nexo entre ambos derechos al señalar que "la libertad de expresión es parte integral del goce de los derechos de libertad de asamblea y asociación"[17].

Tanto la Constitución Política de la República como los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile amparan ambos derechos. Por una parte el artículo 19 de la Constitución asegura en su N° 12 "la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio". Por otra, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) recoge la libertad de expresión en el artículo 13 al señalar que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"[18]. A continuación, el párrafo 2 comienza señalando que "el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores".

Así, tanto la regulación internacional como constitucional contempla dos características de este derecho fundamentales para la manifestación: la libertad de medios y formas de la expresión y la prohibición de la censura previa. En consecuencia, debe evitarse la tentación de creer que las únicas formas de expresión permitidas son las formas convencionales como el discurso y la impresión de ideas. Esta amplitud de medios deja a criterio de las personas la decisión sobre cuáles son los mecanismos que de mejor forma logran satisfacer sus fines expresivos e informativos. Es fundamental en este marco la prohibición de la censura previa, con el objeto de fomentar la libre circulación de las ideas, resguardando que estas no queden a priori fuera del debate público.

15 Instituto Nacional de Derechos Humanos. INDH llama a las autoridades policiales a respetar derechos de las personas, declaración pública de fecha 5 de agosto de 2011, punto 3.

16 Relatoría, op. cit., pág. 130.

17 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, Artículo 19: libertad de expresión y opinión, CCPR/C/GC/34, 21 de julio de 2011, párrafo 4. Traducción no oficial.

18 Los mismos principios están resguardados en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El texto constitucional apunta a que las libertades de expresión e información pueden ejercerse en cualquier forma y por cualquier medio. En cuanto a la forma, José Luis Cea sostiene que "trátese de la manifestación sensible de los juicios y mensajes por escrito u oralmente, en privado o públicamente, con ademanes o gestos, etc."[19]. En cuanto a los medios afirma que los de comunicación social no son los únicos[20].

El Comité de Derechos Humanos, interpretando el contenido y alcance de la libertad de expresión, ha señalado que este derecho protege ampliamente la libertad de medios y formas mediante las cuales se manifiesta la expresión. Específicamente ha señalado que protege "todas las formas de expresión y difusión. Tales formas incluyen orales, escritas y de lenguaje de señas y toda expresión no verbal como imágenes u objetos. Los medios de expresión incluye a libros, diarios, panfletos, afiches, *banners*, vestimenta y argumentos legales"[21]. En este sentido, se ha señalado que "la libertad de expresión no solo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que –mucho más– requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático"[22]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha planteado el rol especial de la libertad de expresión, a tal punto que "las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas"[23]. La libertad de expresión constituye según la Corte IDH:

> "[…] una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. [E]s, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"[24].

La libertad de expresión contiene una doble dimensión: una individual, que permite a toda persona expresarse sin censura previa, por cualquier medio y sin restricciones desproporcionadas, y una colectiva, que implica el derecho de todas las personas a conocer la opinión ajena. Así, el derecho a manifestarse no es solo de cada persona, sino que de la sociedad toda, que tiene el derecho de acceder a la información que la manifestación difunde.

Las manifestaciones sociales no involucran solo el ejercicio de la libertad de expresión, sino también, como se señaló, el derecho de reunión. La Constitución en su artículo 19 N°13 asegura a todas las personas "el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas". Luego agrega que "Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de la policía". Para Cea, el derecho de reunión, que lo denomina también de "manifestación", debe concordarse con las demás disposiciones constitucionales mencionadas en el Capítulo I de la Constitución Política (sobre bases de la institucionalidad) y referidas a la participación política de las personas[25]. Es importante notar que "se trata de un derecho esencial y, por lo tanto, intrínseco a la naturaleza social de la persona"[26] y su ejercicio es colectivo en tanto "la reunión es la congregación transitoria de un grupo de personas, su encuentro por un lapso corto o limitado"[27]. Para Silva Bascuñán, "[p]or medio de la reunión se puede expresar un sentimiento, manifestar una reacción, debatir un problema, formular adhesión o crítica a determinado hecho o actuación, deliberar, en fin, sobre cualquier asunto, ya interese específicamente a los que se congregan, y a quienes se encuentren en análoga situación, ya a la colectividad toda"[28].

La Convención Americana de Derechos Humanos recoge el derecho de reunión en su artículo 15 como el derecho de todas las personas de reunión pacífica y sin armas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 21, reconoce "el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por ley que sean necesarias en una

19 Cea, José Luis. Derecho Constitucional Chileno Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pág. 359.
20 Ibídem.
21 Comité de Derechos Humanos, op. cit., párrafo 12. Traducción no oficial.
22 Gargarella, op. cit., pág. 26.
23 Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85 sobre Colegiación obligatoria de periodistas, 13 de noviembre de 1985, párrafo 50.
24 Ibídem, párrafo 70 (el destacado es de la Corte).
25 Cea, op. cit., pág. 394.
26 Ibídem.
27 Cea, op. cit., pág. 395.
28 Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional Tomo XIII, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pág. 10.

sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás".

Así entonces, el derecho de reunión tiene una dimensión privada, donde el Estado tiene un deber de abstención, y una dimensión pública, que es la que justamente queda entregada a las disposiciones generales de la policía. Esto es peculiar dentro de la Constitución, ya que es uno de los pocos casos en la regulación de su ejercicio que no queda entregada a la ley. La redacción original de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) entregaba su regulación a la ley, pero posteriormente la Junta militar, siguiendo la propuesta del Consejo de Estado, sustituyó la redacción por la actual. Por lo mismo, su regulación específica está contenida en el DS 1086 de 1983 sobre Reuniones Públicas, lo que ha sido criticado por el INDH y diversos centros y organizaciones de derechos humanos, por infringir el principio de reserva legal garantizado por los tratados internacionales y obstaculizar el ejercicio democrático de la manifestación social.

EL DECRETO SUPREMO (DS) 1.086 DE 1983 SOBRE REUNIONES PÚBLICAS

Toda regulación de derechos y garantías fundamentales debe ser una materia entregada a la ley como garantía de un debate amplio que integre al Poder Legislativo, y que no quede sujeto a la discrecionalidad de las autoridades del momento. Por ello, la regulación establecida en este DS resulta reñida con estándares mínimos de derechos humanos,. Sobre el punto la Corte IDH ha señalado que "la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución"[29]. En este sentido, se requiere una regulación de la manifestación social a través de una ley y no mediante un Decreto.

El artículo 1 de dicho Decreto señala que "las personas que deseen reunirse podrán hacerlo pacíficamente, sin permiso previo de la autoridad, siempre que ello sea sin armas". No obstante, los artículos que le siguen forman una regulación estricta, que establece severas limitaciones para la manifestación social.

En primer lugar, el Decreto señala que las reuniones en plazas, calles y otros lugares de uso público requieren de la presentación de una solicitud ante la Intendencia o Gobernación respectiva señalando quiénes organizan la manifestación, cuál es el objeto, el punto de inicio, el recorrido, dónde se hará uso de la palabra y qué oradores lo harán y cuál será el punto de disolución de la manifestación. La solicitud, a la luz de la información que es requerida, puede operar como una autorización de la marcha. El hecho de informar el objeto de la marcha o quienes serán las personas que harán uso de la palabra, podrían ser factores a tener en cuenta para negar la autorización a la marcha, lo que constituiría un acto de censura previa, castigado tanto por la Constitución como por los tratados internacionales en derechos humanos. En este sentido la Relatoría ha sido clara al señalar que "la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales"[30].

En este sentido, si bien según información del Ministerio del Interior de las 1.236 solicitudes de manifestaciones entre el 1 de junio y el 25 de agosto de 2011 se autorizaron 1.204 (equivalente a un 97,4%)[31], lo que constata que mayoritariamente las marchas son autorizadas, el peligro normativo para el ejercicio de los derechos humanos está en la existencia misma de la autorización dada por una norma jerárquicamente inferior a la ley, y que deposita la decisión en la autoridad de turno, sin ningún criterio objetivo. Esto tampoco toma en cuenta la espontaneidad de algunas marchas, donde no hay un grupo colectivo que planifique la misma, sino que nace espontáneamente como expresión frente a alguna situación. Tal fue el caso de lo ocurrido el

29 Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86 sobre la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, párrafo 22.

30 Relatoría, op. cit., pág. 151.

31 Ministerio del Interior, Unidad de Análisis de Conflictos, Solicitud de marchas y autorizaciones a gobernaciones provinciales, pág. 1.

27 de julio en Santiago, donde alrededor de 100 personas molestas ante la espera de un bus del Transantiago se apoderaron de la calle manifestando su descontento durante unos treinta minutos[32].

La notificación previa a la autoridad es un paso administrativo necesario para la convivencia en sociedad, pero no puede utilizarse discrecionalmente como modo de autorizar unas marchas sobre otras. Esta notificación es parte de las regulaciones que se han conocido en el derecho comparado de modo, tiempo y lugar (MTL), que generalmente son ejercidas por la autoridad administrativa. Por medio de las regulaciones MTL, el Estado se encuentra facultado para determinar la forma en que deben desarrollarse ciertas manifestaciones, el momento en que se desarrollarán, estableciendo regulaciones a la duración temporal de las mismas y, finalmente, el lugar en que deben desarrollarse. Sin embargo, estas facultades no incluyen la prohibición de una manifestación, justamente por constituir un acto de censura previa que priva *ex ante* a un colectivo de personas de expresarse libremente. Tal como se ha señalado, "nadie puede decidir anticipadamente sobre qué puede o no opinarse, y cuáles opiniones o informaciones difundirse al medio social"[33]. La autoridad competente debe velar por la coexistencia del derecho a la manifestación y el derecho de circulación de las demás personas, pero en ese proceso debe ponderar que el derecho a la manifestación social es parte fundamental del núcleo democrático, por lo que no puede negarse a la realización de la misma.

En segundo lugar, el Decreto establece como facultad de la autoridad –Intendencia o Gobernación– disolver la manifestación que infrinja las disposiciones del Decreto Supremo 1.086 por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Este mandato amplio hacia la autoridad ha constituido en la práctica una herramienta lesiva al derecho a la manifestación. Tal como se analiza más adelante, durante el año han sido varias las acusaciones de abuso de la fuerza policial en la disolución de las manifestaciones, actuando además con criterios poco claros, por lo que pareciera que ha operado la discrecionalidad sobre cuándo disolver, cómo hacerlo y hacia quiénes dirigir las acciones.

Toda esta regulación está construida sobre una concepción de orden público que restringe excesivamente los derechos fundamentales, más allá de lo que podría considerarse proporcional y razonable. En palabras de la Relatoría, "el 'orden público' no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real"[34]. Por lo mismo, debe ser interpretado "de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta […] la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana"[35].

EL DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS

En materia penal, una de las figuras más utilizadas por las autoridades estatales para la persecución penal de las personas que participan en las manifestaciones es la de desórdenes públicos. La existencia del delito de desórdenes públicos no implica una afectación *per se* del derecho a manifestarse, sino que el problema está tanto en su vaga redacción como en el uso que se le ha dado por parte de las autoridades para disolver manifestaciones públicas, y el efecto inhibidor que eso provoca de la libertad de expresión. La Relatoría ha expresado que "el amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente"[36].

El Código Penal establece en dos artículos figuras penales cuyo uso ha sido contrario a la manifestación: primero, en el artículo 269 (desórdenes públicos graves), el que señala que "los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena

32 Latercera.cl, Carabineros disuelve protesta por Transantiago y se restablece tránsito en Providencia, 27 de julio de 2011.
33 Verdugo, Mario et. al., Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica, 2003, pág. 261.
34 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, pág. 262.
35 Ibídem.
36 Relatoría, op. cit., pág. 152.

de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados". El artículo no es preciso en cuanto a la acción a castigar. Así, la determinación de cuando se ha perturbado "gravemente la tranquilidad pública" resulta discutible, ya que lo que para un juez puede significar una perturbación grave de la tranquilidad pública, para otro, en cambio, puede no ser más que parte de la vida en comunidad. Además la figura exige que esa perturbación sea "para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado". Nuevamente queda en manos del juez determinar, sin mayores criterios que los de su propio convencimiento, qué fin debe ser catalogado como reprobable.

El segundo artículo del Código Penal utilizado en materia de manifestación es el 495 números 1 y 2, donde sanciona el desorden público como falta. El artículo del Código Penal sanciona a toda persona que contravenga las reglas que la autoridad dicte para conservar el orden público o evitar que se altere. Nuevamente existen problemas para determinar lo que se castiga, toda vez que la figura gira en torno a la idea de orden público, concepto que ha sido utilizado por el Gobierno para defender el actuar policial. Solo en las marchas ocurridas el 4 y el 9 de agosto, Carabineros detuvo en el país a 998 personas por esta figura[37].

En materia de desórdenes públicos, un hecho preocupante es el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo en septiembre de 2011 (Mensaje N° 196-359) "que fortalece el resguardo del orden público". Este proyecto nace como respuesta a los saqueos y la afectación a la propiedad privada y pública que ha tenido lugar en los contextos de algunas manifestaciones. Sin embargo, su regulación es mucho más amplia, por lo que sus efectos podrían terminar siendo nocivos para el ejercicio del derecho a manifestarse. El Poder Ejecutivo define orden público como "un estado opuesto al desorden y que se integra por tres elementos fundamentales: la tranquilidad, la moralidad y la salubridad pública"[38]. Según el proyecto, esta concepción se ve afectada por las manifestaciones ya que "un ejemplo de vulneración del orden público en lo relativo a la seguridad y tranquilidad pública se vincula con el ejercicio del derecho de reunión"[39]. Así, el proyecto establece un vínculo directo entre el derecho a manifestarse y los desórdenes públicos o la destrucción de propiedad, hecho que termina por criminalizar la protesta social y que, tal como expresó la Directora del INDH, podría "incluso constituir infracciones a los compromisos internacionales que en materia de derechos humanos tiene el Estado de Chile"[40].

Esto queda demostrado cuando se constata que el proyecto amplía la figura de desórdenes públicos del artículo 269 del CP a hechos que se pueden producir en el contexto de una manifestación social, como por ejemplo la paralización o interrupción de algún servicio público como las comunicaciones o el transporte, el impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, caminos, calles u otros bienes de uso público o invadir u ocupar establecimientos fiscales o municipales.

De aprobarse esta figura penal, las manifestaciones espontáneas en rechazo de ciertas medidas, como la ya mencionada del Transantiago y la toma de liceo como forma de protesta a la política educacional, constituirían delito de desórdenes públicos, y las personas involucradas podrían arriesgar una pena de hasta 3 años de cárcel. El proyecto incluso permite que Carabineros y Policía de Investigaciones, sin orden previa del Ministerio Público, consigne diversos medios de prueba y toda reproducción de imágenes, voces o sonidos que se hayan tomado, captado o registrado. Esto constituye una facultad excesiva para Carabineros, colocando una presión indeseada o un incentivo equivocado sobre su actuar que podría constituir una intromisión excesiva en la privacidad de las personas.

La necesidad de sancionar los ilícitos que ocurren en estos contextos no puede quedar establecida de manera tal que afecte el legítimo ejercicio de derechos fundamentales, más aun cuando la manifestación social constituye un vital medio de expresión para las personas, principalmente de aquellas cuyas voces no se sienten escuchadas por las

37 Carabineros de Chile, Oficio N° 2.098 de fecha 14 de septiembre de 2011, en respuesta al INDH. Se debe recordar que las manifestaciones del 4 de agosto no estaban autorizadas por las autoridades.

38 Mensaje 196-359 de fecha 27 de septiembre de 2011, página 3 (fundamentos).

39 Ibídem, página 6 (fundamentos).

40 Indh.cl, Directora del INDH: "Proyecto del Ejecutivo podría constituir una infracción a los compromisos internacionales", 3 de octubre de 2011.

autoridades. Por lo mismo, parte del resguardo del orden público implica permitir que las personas ejerzan libre y tranquilamente su derecho a manifestarse, sin miedo a estar cometiendo un delito.

2. SITUACIONES DE VIOLENCIA POLICIAL EN EL MARCO DE LAS MANIFESTACIONES

En esta materia, preocupa al INDH el uso represivo de las detenciones así como los abusos que durante las mismas han denunciado mujeres y niñas, el uso excesivo de gases lacrimógenos, y hechos de violencia como el homicidio del adolescente Manuel Gutiérrez por parte de un funcionario de Carabineros que provocó inicialmente una defensa corporativa de la institución. Sobre esto mismo la Relatoría ha señalado que "el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo, por ello también la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas. El operativo de seguridad desplegado en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes"[41].

DETENCIONES DURANTE LAS MANIFESTACIONES

Un primer aspecto crítico en el actuar de Carabineros es el uso de las detenciones como elemento de represión durante las marchas. El artículo 125 del Código Procesal Penal señala que "ninguna persona podrá ser detenida sino por orden del funcionario público expresamente facultado por ley y después que dicha orden le fuera intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrant[e]"[42]. En este sentido, para que una persona pueda ser detenida en una manifestación debe encontrarse en alguna de las situaciones de flagrancia, de otro modo –y a menos que exista orden judicial o que no se detenga para controlar la identidad– esta es ilegal. El mismo Manual de Procedimientos Policiales de Carabineros establece para los desórdenes públicos la detención solo en caso de flagrancia. No obstante lo señalado, en la marcha no autorizada del 4 de agosto, de 308 personas detenidas solo fueron formalizadas seis de ellas en Santiago, luego que se declararan ilegales 25 de los 31 controles de detención en la misma ciudad[43].

Las fuerzas de seguridad pública recurren con facilidad a la detención argumentando una perturbación grave de la tranquilidad pública, con el objeto de dispersar a los manifestantes e ir disminuyendo la intensidad y fuerza de las movilizaciones. Las cifras del Gobierno en su Plan de Seguridad Pública 2010-2014 indican que "en los últimos 5 años Carabineros ha efectuado más de 80.000 detenciones por desórdenes públicos. [E]sta cifra equivale a un promedio de más de 16.600 detenciones anuales por esta causa, superando en más de 10% el total de detenciones por robos con intimidación, robos con violencia y robos por sorpresa"[44].

Por su parte, Carabineros establece una escala de pasos graduales para enfrentar las manifestaciones en el siguiente orden: dialogar, contener, disuadir, despejar, disolver y, finalmente, detener[45]. El protocolo establece que la detención operará cuando una persona "haya generado un desorden", el cual según el mismo documento puede ocurrir ante la interrupción del tránsito vehicular y/o peatonal o ante daños a la propiedad pública o privada[46]. Los criterios aquí establecidos son de una baja tolerancia hacia la manifestación. Toda manifestación social, por su naturaleza, implica una alteración del orden habitual, ya que no es una actividad cotidiana. Una manifestación implica muchas veces el desvío del tránsito vehicular o peatonal, porque justamente parte de lo que se busca es llamar la atención y hacer visible una posición o demanda, objetivo que difícilmente se cumpla si la manifestación tiene lugar en espacios alejados o de escasa circulación de personas. En este marco, es necesario que la autoridad tome todos los resguardos necesarios para el ejercicio pacífico de este derecho central para la demo-

41 Relatoría, op. cit., pág. 152.
42 Se es detenido en flagrancia cuando se está cometiendo el delito, se acaba de cometer, se es identificado por un testigo al momento de huir o el que fuese encontrado en un tiempo inmediato a la comisión del delito con objetos procedentes de él (dentro de las 12 horas siguientes).
43 Elmostrador.cl, Tribunales declaran ilegales 25 de las 31 detenciones realizadas por Carabineros, 5 de agosto de 2011.
44 Gobierno de Chile, Chile Seguro, Plan de Seguridad Pública 2010-2014, pág. 65.
45 Carabineros de Chile, Medios disuasivos en uso por Carabineros de Chile en los procedimientos de control de orden público, pág. 7.
46 Ibídem, pág. 9.

cracia. Asimismo, las manifestaciones no tienen por objeto dañar la propiedad pública ni privada, por lo que los delitos que se cometen en estos contextos deben ser tratados por las autoridades policiales de manera tal que no afecte el derecho a manifestarse.

Lo que resulta relevante para determinar si la detención es una herramienta para inhibir las manifestaciones, o si son auténticas detenciones en virtud de que las personas se encontraban cometiendo delitos flagrantes, es la suerte procesal de esas detenciones, es decir, qué sucede con cada uno de esos casos una vez que llega a las manos de las autoridades judiciales como el Ministerio Público o los Juzgados de garantía. Entre los años 2005 a 2009, sólo en la Fiscalía Metropolitana Centro Norte (cuyo territorio abarca la mayoría de las detenciones en marchas por desórdenes públicos), del total de 15.842 casos, 12.433 terminaron ya sea en archivo provisional (336 causas), decisión de no perseverar (161 causas), no inicio de la investigación (2.161 causas) y aplicación del principio de oportunidad (9.785 causas)[47]. Solo 44 causas terminaron con sentencia condenatoria, equivalente a un 0,27%[48]. Desde el año 2009 hasta julio de 2011, la situación no es muy distinta. El Ministerio Público ha recibido 35.203 causas por desórdenes públicos en virtud del artículo 269 CPP[49], donde un 49,1% (17.293 causas) concluyen por ejercicio de facultades de la Fiscalía, un 14,1% (4.966 causas) se aplica la facultad de no investigar, un 2,4% (846 causas) por sobreseimiento definitivo y un 23,2% (8.191 causas) terminan con sentencia condenatoria. En otras palabras, la mayoría de las causas ni siquiera llegan a juicio ya sea porque no hay antecedentes suficientes, porque no existe delito o porque los hechos no constituyen una afectación grave al interés público. Por tanto, este destino procesal indica una utilización de las detenciones para disuadir las marchas y no para detener a personas que cometen delitos flagrantes. En efecto, el sistema de persecución criminal opera deteniendo preventiva, aleatoria y arbitrariamente, como una forma de controlar –ilegítimamente– las manifestaciones.

Además debe considerarse que el Manual de Procedimientos de Carabineros obliga a sus funcionarios en caso de desórdenes públicos a poner a disposición de Tribunales a las personas detenidas junto con los medios de prueba necesarios para establecer su responsabilidad[50]. Esto puede provocar incentivos perversos que faciliten el montaje de casos e inculpen a personas detenidas sin que hayan cometido algún delito. En este sentido, la investigación judicial y la obtención de los medios de prueba debe ser una tarea del Ministerio Público y no de Carabineros. La detención de Recaredo Gálvez, secretario general de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Concepción, es un ejemplo de las sospechas que han producido las detenciones. Gálvez fue detenido violentamente por Carabineros en Concepción siendo acusado de lanzar una bomba molotov a funcionarios policiales y, tras estar detenido seis días en la cárcel de El Manzano, fue puesto en libertad por la Corte de Apelaciones de Concepción porque los antecedentes presentados no eran acreditables[51]. Tras quedar en libertad Gálvez denunció que, al ser detenido "me golpean los testículos, se me golpean las partes blandas del cuerpo, luego de eso me suben al bus de Carabineros, donde en el suelo resulto pateado, una de esas patadas me pega en la cabeza, pierdo el conocimiento"[52]. El INDH junto con visitar a Recaredo Gálvez en la cárcel de El Manzano, interpuso en agosto de 2011 una querella en contra de quienes resulten responsables por el delito de tortura en contra de Gálvez, ante la Segunda Fiscalía Militar de Concepción[53].

En torno a las detenciones, se ha producido una serie de denuncias por parte de mujeres universitarias y menores

47 Se archiva provisionalmente cuando no hay antecedentes que permitan desarrollar la investigación. Por su parte, el no inicio de la investigación implica que los hechos no implican delito alguno. El Principio de oportunidad es la facultad del fiscal de abandonar la persecución penal cuando los hechos no afectaren gravemente el interés público.

48 Cox, Francisco, Criminalización de la protesta social: "no tiene derecho a reunirse donde le plazca", en ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina, Claudio Bertoni (compilador), Universidad de Palermo, 2010, pág. 93.

49 Ministerio Público, Oficio N° 439, 26 de julio de 2011, en respuesta al INDH, pág. 6.

50 Carabineros de Chile, op. cit., pág. 9.

51 El Diario de Concepción, Instituto de DD.HH. investiga cuestionado actuar de policías, 29 de julio de 2011, pág. 4.

52 Emol.cl, Recaredo Gálvez acusó a Carabineros de excesiva violencia en su detención, 29 de julio de 2011.

53 El delito de tortura está consagrado en el Código Penal en el artículo 150 A sancionando a "el empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare u consintiere en su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente".

de edad, que acusan que funcionarios y funcionarias de Carabineros las obligaron a desnudarse mientras se encontraban detenidas. En este sentido, alumnas del Liceo Tajamar de la comuna de Providencia en Santiago denunciaron que funcionarios de Carabineros las toquetearon al momento del desalojo del Liceo en septiembre de 2011. Una de ellas señaló que "nos tocan como si fuéramos prostitutas, nos tocaron enteras, nos tocaron todo y nos corretearon"[54]. Laura Ortiz, una de las voceras del movimiento secundario, denunció que una funcionaria de Carabineros habría realizado tocaciones al momento de la detención de un grupo de estudiantes en la sede de Unicef, el 25 de julio del 2011. En una declaración realizada por su familia denunciaron que Carabineros, "en su trato vejatorio y humillante para las niñas, llegaron al extremo de desnudarlas en un furgón, a vista y paciencia de Carabineros degenerados que se encontraban abajo del furgón, procediendo la Carabinero L. Merino de la misma comisaría, a manosear de manera indigna a todas ellas"[55]. Asimismo, en julio de 2011, un grupo de 12 alumnas del Colegio San José de Puente Alto fueron detenidas al momento del desalojo del establecimiento educacional y trasladadas a la Comisaría donde una funcionaria no identificada las obligó a desnudarse; específicamente una de las mujeres detenidas denunció que "hubo una compañera a la que la misma carabinera le bajó los sostenes a la vista de los pacos [Carabineros] afuera y [con] el calabozo de los hombres al frente"[56]. El INDH también recibió la denuncia por parte de estudiantes del Instituto Superior de Comercio (INSUCO) que al momento de su detención el día 11 de septiembre fueron violentamente agredidas en los baños de la 2° Comisaría de Santiago, recinto policial donde las niñas sólo podían permanecer en calzones, ya que las funcionarias encargadas del control les bajaban los sostenes, e incluso algunas niñas debieron sacarse toda su ropa interior. En Antofagasta, Nathaly Flores, alumna de psicología de la Universidad Católica del Norte, denunció que junto a otras siete compañeras se les obligó a desnudarse: "las pacas nos metieron a un calabozo, nos obligaron a desvestirnos. Allí una compañera no quiso y le empezaron a tirar la ropa"[57].

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará) es explícita en su artículo 1, al definir la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado", más aun cuando es perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes. El cumplimiento de este tratado –toda vez que se encuentra ratificado por el Estado- es fundamental por existir en Chile una cultura de violencia contra las mujeres, por lo que es especialmente importante que el Estado proteja y no ampare estos hechos violentos y denigrantes, investigando y sancionando a quienes sean responsables[58].

Producto de todos estos hechos de violencia es que el INDH ha implementado durante las manifestaciones un plan piloto de visitas a las Comisarías en colaboración con una red de abogadas/os voluntarios, a los fines de observar las condiciones de detención y si hay casos que merezcan especial atención. Este plan se ha desarrollado hasta el momento en las ciudades de Concepción, Antofagasta, Valparaíso y Santiago. Respecto a las detenciones en las calles, el INDH ha observado que una vez que se activa la aplicación de medios disuasivos y se realizan detenciones por parte de Fuerzas Especiales de Carabineros, estas recaen por igual sobre las personas, independientemente de la actitud que exhibían en las manifestaciones. Del mismo modo, en todas las ocasiones observadas pudo constatarse la detención, sin razón evidente, de personas que nada tenían que ver con los enfrentamientos mencionados, incluso en circunstancias que se estaban retirando de los lugares de manifestación.

Adicionalmente, estas observaciones han permitido verificar que, en la mayoría de los casos, a las personas detenidas no se les informan las razones de su detención, no se les leen sus derechos ni se les informa acerca del procedimiento.

54 Cooperativa.cl, Alumna denunció abuso policial tras marcha: Nos tocaron como si fuéramos prostitutas, 26 de septiembre de 2011.
55 El comunicado está disponible en http://elirreverente.cl/?p=710.
56 Relato extraído del minidocumental "Las Niñas", que cuenta la experiencia de las 12 alumnas detenidas en el Colegio San José. Disponible en http://www.elmostrador.cl/multimedia/2011/08/22/las-ninas-documental-movimiento-estudiantil/. El relato citado corresponde al minuto 6:00.
57 Elciudadano.cl, Hasta los calzones les sacaron a universitarias dentro de una comisaría, sin fecha de publicación.
58 Para más información acerca de la violencia institucional hacia las mujeres, ver el apartado sobre acceso de las mujeres a la justicia, en este mismo Informe.

Esto se extiende a los familiares, a quienes Carabineros no les informa del estado de salud de sus familiares detenidos, quedando al arbitrio de cada Comisaría si permiten el ingreso de los familiares, la entrega de mensajes de estos hacia los detenidos o el paso de comida y abrigo. El artículo 8.2.b de la CADH es claro al señalar que toda persona detenida tiene derecho a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada. Lo mismo establece el artículo 135 del CPP como una obligación del funcionario público. Del mismo modo, se recibieron declaraciones relativas al exceso de fuerza en la detención y a agresiones físicas y psíquicas recibidas en el bus de Carabineros, en el trayecto hacia la Comisaría correspondiente. El INDH tiene especial preocupación por los hechos que ocurren al interior del bus de Carabineros, en la medida que son de difícil investigación y no hay registro alguno de quienes son las personas detenidas, ya que eso ocurre recién al momento de arribar a la Comisaría. Esto se acentúa ante la negativa, por parte de carabineros, de que personal del INDH en ejercicio de sus funciones pueda subir a los buses institucionales para determinar el trato a las personas detenidas. A juicio del INDH esta última actitud impide el ejercicio de atribuciones expresamente conferidas por la Ley Nº 20.405 (artículo 4°) que le autorizan a recibir testimonios y obtener todas las informaciones necesarias para actuar en el ámbito de su competencia.

Otro nudo crítico se refiere a la constatación de lesiones, la que según los testimonios de las personas detenidas, o no se constatan o debido a que muchas veces solo se cuenta con un funcionario médico, el que debe revisar a varias personas, la constatación es genérica, rápida y poco rigurosa. Así fue para el 4 de agosto en la 3ª Comisaría de Santiago, donde hubo un médico para 260 personas detenidas.

Un último obstáculo detectado se relaciona con la falta de comunicación entre Carabineros y el Ministerio Público, lo que incide en las horas de encierro de las personas detenidas, ya que es el Fiscal quien otorga la orden de liberar a las personas detenidas y muchas veces no es hallado o Carabineros no cuenta con la información de quién es el Fiscal de turno, por lo que fuera de los horarios de oficina es difícil contactarlo para que de la orden de dejar en libertad a las personas detenidas. El Ministerio Público es el que dirige la actuación de Carabineros en estas situaciones, por lo que resulta crítico que exista una comunicación fluida entre estos actores para evitar excesivas horas de encierro por parte de las personas detenidas, a quienes se les debe asegurar su libertad personal una vez que han cumplido con todo el procedimiento de detención.

USO DE BOMBAS LACRIMÓGENAS

Otro aspecto que es parte de los abusos policiales durante las manifestaciones es el uso indiscriminado de bombas lacrimógenas. Según Carabineros, el uso de estos químicos es para el control de manifestaciones "agresivas y violentas", quedando su uso supeditado a la orden del Jefe del Servicio del área de operaciones[59]. El gas es el denominado CS (Ortoclorobencilidenmalononitrilo) que es definido por la institución policial como un "polvo blanco, cristalino, similar al talco de olor acre, áspero, picante, similar al jengibre"[60]. Carabineros lo utiliza en estado sólido (extintores y dispositivos lanzagases), líquido (mezclado con agua en vehículos lanzaagua) y gaseoso (a través de granadas de mano). El fin de este gas es "incapacitar temporalmente a una persona mediante la irritación de los ojos y/o del sistema respiratorio"[61].

El uso de este gas fue prohibido por el Gobierno hasta comprobar que no provocaran efectos dañinos a la salud, en especial a embarazadas y niños[62]. No obstante lo anterior, el Gobierno retomó el uso de los gases tres días después de anunciar su suspensión, un día antes de las marchas del 21 de mayo, señalando el Ministro del Interior que los estudios indicarían que su uso no es dañino para la salud, por lo que "perfectamente pueden y deber ser utilizados para resguardar el orden público para enfrentar disturbios y manifestaciones violentas"[63].

Si bien el Protocolo de Carabineros señala que debe ser maniobrado por personal calificado (lo que implica que quién lo manipula sabe cómo utilizarlo), ciertos hechos han

59 Carabineros de Chile, op. cit., pág. 5.
60 Ibídem, pág. 10.
61 Ibídem, pág. 5.
62 Lanacion.cl, Hinzpeter anuncia suspensión del uso de gases lacrimógenos, 17 de mayo de 2011.
63 Lanacion.cl, Hinzpeter repone el uso de gases lacrimógenos de Carabineros, 20 de mayo de 2011.

evidenciado su problemático uso. En mayo del presente año, a la estudiante de la Universidad de Concepción Paulina Rubilar Méndez, le impactó una lacrimógena lanzada por Carabineros a 20 metros de distancia provocándole un trauma ocular grave[64]. Del mismo modo, en agosto, un funcionario de Carabineros lanzó al interior del sindicato de trabajadores de Correos una lacrimógena donde se encontraban alrededor de 60 personas, incluidos niños, niñas y personas de la tercera edad, lo que provocó que dicha institución diera de baja al funcionario, al estar prohibido en sus protocolos el lanzamiento de lacrimógenas en lugares cerrados o residenciales[65]. También se hizo público un video en el que se observa a Carabineros lanzando lacrimógenas desde un helicóptero, cayendo verticalmente a la calle entre medio de personas que intentaban manifestar en Santiago el 4 de agosto[66]. Ese mismo día, una lacrimógena cayó al interior de la estación de metro Universidad Católica en Santiago, provocando principio de asfixia en quienes estaban presentes[67]. Los habitantes de Dichato también han criticado el uso de este gas como medio para disuadir sus manifestaciones en pos de una efectiva política de reconstrucción[68]. En los Protocolos proporcionados por Carabineros al INDH, solo respecto del uso de gases desde carabinas se advierte que el lanzamiento sea en forma de "parábola a favor del viento", pero no hay ninguna restricción ni advertencia en relación a su uso.

Finalmente, en septiembre del presente año se presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados[69] con el objeto de prohibir el uso de bombas lacrimógenas en las manifestaciones. El proyecto señala en su fundamento que "en Chile [...] las Fuerzas de Orden y Seguridad han utilizado el gas lacrimógeno de manera indiscriminada, no sólo como elemento disuasivo o como instrumento de legítima defensa, sino que derechamente como instrumentos de agresión". No obstante el correcto diagnóstico, la redacción del proyecto cae en los mismos errores que la actual normativa, ya que permite el uso de los gases "previa autorización expresa de la autoridad pública administrativa encargada de velar por la mantención del orden público".[70] El proyecto no ayuda en la incorporación de criterios objetivos para un uso razonable y adecuado de los gases lacrimógenos, a fin de evitar su abuso y los posibles daños a la salud e integridad física de las personas que se manifiestan. Tampoco es claro el proyecto en indicar si la autoridad pública a la que hace referencia es el Ministro del Interior, Director General de Carabineros, autoridad de Carabineros a cargo de proteger la manifestación u otra competente. Junto a lo anterior, el proyecto tampoco explica qué entiende por orden público, concepto que justamente por su amplitud ha servido de justificación para los actos de agresión.

HOMICIDIO DE MANUEL GUTIÉRREZ

La violencia policial tuvo una de sus consecuencias más extrema y lamentable en el homicidio del adolescente Manuel Gutiérrez, de 16 años, en la madrugada del 25 de agosto del presente año en la comuna de Macul[71]. El adolescente había acompañado a su hermano Gerson, quien estaba en silla de ruedas, a mirar las manifestaciones. Su hermano relató que solo había cacerolazos y fogatas cuando apareció un radiopatrulla de Carabineros que comenzó a disparar, alcanzando una de las balas al adolescente, quien tras ser conducido a la Posta cuatro, falleció[72]. Resulta especialmente grave que en una primera instancia Carabineros negara su participación, incluso señalando que no investigaría el hecho, cuando posteriormente se constató que la bala sí fue disparada por un carabinero, específicamente, por el sargento segundo Miguel Millacura, quien fue dado de baja, quedando el caso actualmente ante la justicia militar. La Directora del INDH criticó esta

64 Biobiochile.cl, Grave permanece alumna de la Universidad de Concepción que recibió una lacrimógena en un ojo, 12 de mayo de 2011.
65 Meganoticias.cl, Dan de baja a carabinero que lanzó lacrimógena al sindicato de correos, 26 de agosto de 2011.
66 Cambio21.cl, Violenta represión de Carabineros: arrojan lacrimógenas desde un helicóptero contra estudiantes, visitado el 17 de octubre de 2011.
67 Biobiochile.cl, Lacrimógena cae dentro de estación de metro U. Católica y deja a personas con principio de asfixia, 4 de agosto de 2011.
68 Theclinic.cl, La Moneda se enfoca en violencia en Dichato ante problemas en reconstrucción, 22 de julio de 2011.
69 Ver Proyecto de ley que prohíbe el uso de elementos lacrimógenos u otros compuestos químicos para el control de disturbios. Boletín N° 7928-25.
70 Ibídem, artículo único, inciso segundo.
71 La causa hoy se encuentra radicada en el Sexto Tribunal Militar de Santiago, bajo el Rol 2142-2011. Justamente, que casos como este sean conocidos por la justicia militar, ha sido objeto de crítica por parte del INDH. Para más información ver el apartado sobre justicia militar de este mismo informe.
72 Latercera.cl, Hermano de menor baleado en Macul relata la tragedia: "Me decía estoy bien, tranquilo, voy a salir de esta", de fecha 26 de agosto de 2011.

negativa inicial de Carabineros a investigar el hecho y recalcó las obligaciones internacionales de hacerlo[73].

Sin perjuicio de investigar y sancionar a quienes aprovechan los contextos de manifestaciones para cometer delitos, es deber del Estado prevenir, investigar y sancionar todo hecho que pueda afectar el ejercicio de derechos. Así lo ha establecido la Corte IDH al señalar que "los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"[74].

En este contexto, la respuesta original de Carabineros fue contraria a las obligaciones del Estado en la materia, siendo su obligación investigar y sancionar a los responsables por el homicidio del joven, lo que no solo constituye una forma de reparación para la familia, sino que emite una señal relevante para la sociedad de que estos hechos no serán tolerados ni permitidos.

73 Indh.cl, Directora del INDH critica respuesta de Carabineros de no investigar muerte de joven fallecido en la comuna de Macul, 29 de agosto de 2011.

74 Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, párrafo 166.

Acceso a la Justicia

1. Recursos de Amparo y Protección: mecanismos de tutela de derechos fundamentales
2. Justicia Militar
3. Ley que determina y sanciona conductas terroristas
4. Acceso a la justicia para las mujeres

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia, entendido como el derecho de toda persona a contar con recursos eficaces de justicia bajo las garantías del debido proceso, es uno de los derechos fundamentales sobre los cuales se construye una sociedad democrática. Esto principalmente porque permite la convivencia pacífica entre las personas, evitando la imposición del más fuerte y sometiendo la decisión a un tribunal, que de forma objetiva e imparcial resuelve conflictos. Por lo mismo, un Estado "debe ofrecer a sus ciudadanos un sistema capaz de procesar y resolver los conflictos de relevancia jurídica que se susciten entre ellos o entre éstos y el Estado. En cuanto tal, este derecho busca asegurar a las personas que han visto amenazados o vulnerados sus derechos una vía expedita de protección judicial, de modo de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de que son portadores"[1].

Es por esto que el Estado ha asumido la tarea, desde hace más de una década, de modernizar su sistema judicial, lo que ha involucrado una serie de reformas a los procedimientos judiciales, donde destaca la Reforma Procesal Penal que eliminó el sistema inquisitivo, reemplazándolo por uno acusatorio. Posteriormente, estas modificaciones se han centrado en materia laboral, de familia o creación de jurisdicciones especiales como es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, todas estas con disímiles resultados.

En la medida que el acceso a la justicia es especialmente importante para proteger los derechos de los grupos más vulnerados del país, requiere un conjunto de medidas y garantías que aseguren el ejercicio de este derecho. En concreto, y a modo de ejemplo, el acceso a la justicia implica el establecimiento de tribunales en distintas zonas geográficas del país, la presencia de traductores para pueblos indígenas, representación judicial de calidad para aquellas personas que no pueden financiar un abogado/a, entregar la información jurídica o judicial de manera sencilla y completa a las personas, entre otras. Asimismo, el rol de los tribunales es esencial, por lo que los y las juezas deben poner especial atención con los casos de grupos sistemáticamente discriminados, en que no se hayan vulnerado sus derechos. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "el Poder Judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y libertades individuales[,] y por ello la importancia de su respuesta efectiva ante violaciones de derechos humanos"[2]. Más aún, cuando los tribunales no solamente dirimen conflictos judiciales particulares, sino que se han transformado en espacios de administración y contención de demandas sociales no resueltas en ámbitos políticos propiamente tales. En palabras de Abramovich, "la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales"[3].

Muchas de las nuevas demandas judiciales provienen de personas y organizaciones que representan a grupos en situaciones de desigualdad, y que esperan del Poder Judicial una recepción de sus demandas que remedie las situaciones denunciadas. En este sentido, las desigualdades presentes en

1 Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Centro de Derechos Humanos UDP, 2007, pág. 176.

2 Comisión IDH, Acceso a la Justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, 2007, párrafo 6.

3 Víctor Abramovich, Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, en Revista Estudios Socio-Jurídicos, pág. 1.

la sociedad no deben transformarse en desigualdades en el juicio. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que esto conlleva una obligación de los tribunales en el sentido de "advertir y reparar toda desventaja real que las partes de un litigio puedan enfrentar, resguardando así el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación"[4].

En este marco, en la medida que la aplicación de la justicia tiene un impacto sobre la igualdad, los procesos son tan importantes como los resultados. Por ello, el acceso a la justicia exige la transparencia de los procedimientos, de manera tal que refuerce la imparcialidad de la decisión; requiere un pleno acceso a la información, para que las partes interesadas estén en conocimiento del estado del juicio y de las consecuencias de cada una de las decisiones judiciales e, igualmente, debe fomentar la participación de las partes, a través de medios como la bilateralidad de la audiencia. Todas estas garantías dan mayor legitimidad no sólo al resultado, sino que al proceso judicial, tanto frente a las partes, como frente a la sociedad, la que ha expresado su desconfianza hacia la justicia. En la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, realizada el 2011 por el INDH un 74,8% de las personas expresó su completo desacuerdo con que en Chile se aplique la ley a todos por igual y un 59,9% opinó que en Chile no se protege el derecho a un juicio justo. Del mismo modo, un 41,5% señaló que el Poder Judicial no promueve los derechos humanos[5].

La obligación del Estado de establecer todas las condiciones necesarias para el acceso a la justicia está contenida también en los tratados internacionales sobre derechos humanos[6], los que construyen este derecho a partir del respeto a un debido proceso y a un recurso eficaz. Con todo, debe tenerse en cuenta que su estructura y elementos constitutivos son más complejos, ya que como se señalara anteriormente, involucra además el ejercicio de derechos como la participación ciudadana, de transparencia en el actuar de los tribunales y de un pleno acceso a la información para las partes, entre otros. El contenido de estos tratados y su interpretación son desarrollados en el primer apartado sobre acciones de protección y amparo que forma parte de este capítulo, en razón que tales estándares internacionales exigen la existencia de un recurso eficaz y que se cumplan con las garantías del debido proceso.

En este capítulo se analizan ciertos ámbitos específicos de preocupación para el INDH en materia de acceso a la justicia. El capítulo parte analizando uno de los instrumentos disponibles para la defensa de derechos como son las acciones de protección y amparo, como acciones constitucionales de tutela de derechos. Al respecto, el INDH realizó un estudio en las Cortes de Apelaciones de San Miguel y Santiago para analizar la efectividad de tales acciones en la defensa de derechos humanos. Con todo, los resultados deben entenderse restrictivamente, ya que si bien el número de causas analizadas es abundante, por razones metodológicas no es posible generalizar los resultados. Posteriormente el capítulo analiza la aplicación de la Justicia Militar, materia por la cual el Estado de Chile ya fue condenado internacionalmente por la Corte IDH en el caso Palamara a reformar este régimen, el que vulnera garantías mínimas del debido proceso como el derecho a un juez natural y competente, al permitir que actos cometidos por las fuerzas armadas o de orden contra personas naturales sean conocidos y juzgados por tribunales militares. El capítulo analiza también la Ley Antiterrorista (Ley N° 18.314) la que mantiene una definición ambigua en torno al terrorismo y sus expresiones no acordes a un régimen democrático, cuya aplicación conlleva serias consecuencias en el derecho a la defensa de toda persona imputada. A continuación, el capítulo trata los obstáculos en el acceso a la justicia por parte de las mujeres en tanto el sistema judicial no suele ponderar los factores económicos, sociales, culturales y de género al analizar las vulneraciones de los derechos.

En cada uno de estos apartados, el INDH constata que el respeto al acceso a la justicia no pasa únicamente por contar con recursos eficaces y respetarse las normas del debido

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007, párrafo 20.

5 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, 2011. Ver preguntas N° 40, 52.4, 55 y 58.3.

6 El acceso a la justicia está regulado de manera genérica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). También se ha planteado en otros tratados internacionales específicos, como es el caso de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención Belém do Pará"), artículo 7; o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 13, entre otros.

proceso, sino que implica otros aspectos como eliminar del ordenamiento jurídico toda normativa que obstruya la aplicación equitativa de justicia o que prejuicios y estereotipos presentes en la sociedad no influyan ni en jueces ni juezas en la decisión de las causas y evitar así tratos discriminatorios, como fue el caso de Karen Atala, a quien por su orientación sexual lesbiana, no se le permitió la tuición de sus hijas.

1

RECURSOS DE AMPARO Y PROTECCIÓN: MECANISMOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES





RECURSOS DE AMPARO Y PROTECCIÓN: MECANISMOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1

ANTECEDENTES

Es tan importante reconocer explícitamente en la normativa los derechos humanos de todas las personas como establecer mecanismos efectivos para su tutela. Sin acciones adecuadas y suficientes que permitan exigir su cumplimiento, los derechos fundamentales pierden buena parte de su fuerza. Esto dice relación con dos de las obligaciones centrales del Estado en esta materia, que son las de proteger y garantizar el ejercicio de derechos por parte de todas las personas.

Los tratados internacionales de derechos humanos plantean la obligación de los Estados de establecer mecanismos tutelares eficaces en la protección de derechos fundamentales. En Chile existen diversos instrumentos de este tipo que cumplen con esta función, tanto a nivel constitucional como legal[1]. Si bien todos son relevantes, el presente apartado se centra en el análisis de los dos principales recursos en la materia establecidos en la Constitución Política: el recurso de protección (RP) y el recurso de amparo (RA), en los artículos 20 y 21, respectivamente.

Ambos recursos han sido objeto de críticas en los últimos años, especialmente en el caso del recurso de protección, en virtud de su utilización en asuntos que no le son propios[2]. El INDH en su Informe 2010 planteó que dicha acción "requiere […] perfeccionarse para una protección integral y eficaz de los derechos humanos establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política"[3].

No obstante las críticas, los intentos por crear una acción especial para proteger determinados derechos humanos –como es la creación de la acción especial de no discriminación contenida en el proyecto de ley sobre esa materia– no han tenido una buena recepción por parte del Poder Judicial, el que las ha desechado por considerarlas innecesarias en la medida que existen mecanismos como la acción de protección[4].

En este marco, el INDH realizó un estudio piloto en dos Cortes de la Región Metropolitana con el fin de analizar la utilización y eficacia del recurso de protección y de amparo para la protección de los derechos humanos. Para ello se revisaron diversas causas de amparo y protección presentadas y concluidas en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel[5], entre enero y agosto de 2011, con el objeto de responder, de forma preliminar y parcial: i) si existe un real

1 A nivel legal, existen diversos mecanismos, como son la acción cautelar de garantías en materia penal o el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral.
2 Ver Gómez, Gastón, Derechos Fundamentales y Recurso de Protección, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, pág. 38 y siguientes. Ver también Bordalí, Andrés, El Recurso de Protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica, en Revista de Derecho, Vol. XIX, N°2, 2006.
3 INDH, Informe Anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile, pág. 67.
4 Para más información, ver Boletín 3815-07 sobre el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.
5 La razón por la cual el trabajo se centró en los recursos presentados en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel se debe a que en estas Cortes se concentran la mayoría de las acciones presentadas en el país, por lo que supone una diversidad de casos mayor. Esto, sin perjuicio de las necesidades particulares que atienden otras Cortes de Apelaciones del territorio nacional, como son los asuntos ambientales en el norte o la afectación de derechos a pueblos indígenas en el sur, entre otras materias.

acceso a los mecanismos de tutela de derechos[6] y ii) si los mecanismos de tutela de derechos fundamentales han sido eficaces en la defensa de los derechos humanos[7].

Estas preguntas son relevantes si se toma en cuenta que el sistema judicial en la Región Metropolitana ha recibido entre enero y octubre un total de 48.499 causas nuevas, es decir, un promedio de 4.041 causas nuevas por mes en la Región, lo que implica una carga de trabajo importante, que influye en la tramitación de los recursos de amparo y protección presentados[8].

En el período analizado en el estudio piloto se presentaron 14.591 recursos de protección y 2.466 recursos de amparo entre ambas Cortes. De este total, el INDH analizó 1.061 acciones de protección y 1.266 acciones de amparo.

El presente apartado comienza con un análisis de las principales críticas normativas a los recursos de amparo y protección, para luego presentar los resultados del estudio.

1. ASPECTOS NORMATIVOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece la necesidad de contar con dos acciones tutelares de derechos humanos. Por una parte, el artículo 25.1 establece que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". La Corte IDH ha señalado que "el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo[9], como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales"[10]. En esta norma se consagra el derecho de toda persona a un recurso nacional no sólo para amparar los derechos de la Convención, sino también los derechos humanos reconocidos por la Constitución y las leyes de cada Estado[11]. Se trata de un mecanismo de protección general, que no se acota a determinados derechos.

Por su parte, el artículo 7.6 de la Convención establece un recurso específico para proteger el derecho a la libertad personal y la seguridad individual, el *habeas corpus.* La normativa del sistema interamericano impone entonces a los Estados, a fin de garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos, que a nivel nacional se articule un recurso judicial para la protección de todos los derechos sin distinción, y además un recurso específico que cautele la libertad personal y la seguridad individual.

Tales recursos deben ser sencillos, rápidos y efectivos. Para la Corte IDH el artículo 25.1 de la CADH incluye el principio de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos[12]. Así, por recurso efectivo se entiende aquel "capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido"[13], agregando que ello no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido, sino que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere. En la Opinión Consultiva 9/87 la Corte IDH profundizó el sentido subrayando que "para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos hu-

6 En este estudio se entiende por real acceso a los mecanismos de tutela de derechos, la posibilidad de presentar acciones judiciales en un proceso judicial sensible a la vulnerabilidad e indefensión de determinadas personas de forma tal de asegurar un debido proceso. Para esto se revisaron aspectos como número de causas declaradas inadmisibles (con y sin patrocinio legal), razones para declarar la inadmisibilidad, número de sentencias apeladas (con y sin patrocinio legal) y si en la tramitación de las causas existieron alegatos.

7 Por eficacia el estudio ha seguido la definición dada por la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez, donde definió la eficacia de un recurso como aquel "capaz de producir un resultado para el cual ha sido concebido. El término eficaz no implica que todo recurso deba ser necesariamente acogido; implica que haya, por lo menos, una posibilidad seria de que el recurso prospere".

8 Estadísticas disponibles en www.poderjudicial.cl

9 Cabe aclarar que lo que se denomina internacionalmente como acción de amparo, es el equivalente en Chile al Recurso de Protección. Del mismo modo, el Recurso de Amparo chileno, equivale a lo que se denomina internacionalmente *habeas corpus*. Por lo tanto, cuando la Corte IDH habla de amparo, debe entenderse para el contexto chileno como Recurso de Protección.

10 Corte IDH, Opinión Consultiva 8/87, sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, 30 de enero de 1987, párrafo 32.

11 Medina, Cecilia, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pág. 359.

12 Corte IDH, Opinión Consultiva 8/87, sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, 30 de enero de 1987, párrafos 23 y 24.

13 Corte IDH, sentencia caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 de julio de 1988, párrafo 66.

manos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorias. Ello puede ocurrir […] por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial"[14].

Por su parte, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".

En este mismo orden de ideas, es relevante para la tutela de los derechos humanos la obligación de inexcusabilidad que pesa sobre los tribunales de justicia, la que se encuentra establecida tanto en la Constitución Política como en el Código Orgánico de Tribunales (COT)[15]. Esto implica que los tribunales no pueden negarse a dar tramitación a las acciones judiciales, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva, conforme a derecho[16].

RECURSO DE PROTECCIÓN

El RP es una acción destinada a restablecer el imperio del derecho toda vez que el ejercicio del mismo sea amenazado, perturbado o privado mediante una acción u omisión del Estado o de un particular. En ese caso, la persona afectada u otra a su nombre puede presentar el recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva. Tal como ha señalado Gómez, "el objetivo principal de la protección es revisar justamente el apego al derecho de un acto o una omisión administrativa (o de un particular), al que se le imputa en el recurso lesionar un derecho fundamental del recurrente"[17].

El ejercicio de este recurso se ve obstaculizado tanto por aspectos procesales como por aspectos sustantivos que se revisan a continuación.

Desde el punto de vista procesal, una primera crítica consiste en que el procedimiento de la acción está regulado mediante Auto Acordado de la Corte Suprema y no mediante una ley, lo que afecta la reserva legal como garantía del ejercicio de derechos[18]. La facultad de regular los derechos no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el derecho internacional de los derechos humanos y por la Constitución al cumplimiento de ciertas condiciones cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, violatoria de las obligaciones internacionales del Estado. Justamente el primer límite de toda restricción es que las condiciones generales y las circunstancias que autorizan una restricción del ejercicio de un derecho humano deben estar establecidas por ley, lo que no es el caso. Adicionalmente, la Constitución, al plantear el proceso previo como exigencia *sine qua non* de toda decisión judicial ("toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo") añade que dicho juicio debe ajustarse a las normas procesales dictadas por el legislador (legalmente tramitado). El procedimiento de la acción de protección constituye la base esencial de un ordenamiento jurídico al regular la forma en que se ejercerá la principal acción constitucional para la defensa de derechos fundamentales, por lo que su regulación –tal como lo exige la Constitución Política en su artículo 63 N° 20– debe ser por ley, asegurando un debate legislativo y que no quede entregado al arbitrio del Poder Judicial bajo sus competencias regulatorias.

Esta crítica adquiere mayor importancia cuando el Auto Acordado establece un plazo de 30 días para el ejercicio

14 Corte IDH, Opinión Consultiva 9/87, sobre garantías judiciales en estados de emergencia, 6 de octubre de 1987, párrafo 24. En el mismo sentido, inter alia, caso Paniagua Morales vs. Guatemala y otros, 25 de enero de 1996, párrafo 164; caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre de 1997, párrafo 63; caso Ivcher Bronstein vs. Perú, 24 de septiembre de 1999, párrafos 136 y 137; y caso Cantos vs. Argentina, 28 de noviembre de 2002, párrafo 52.

15 En ambos casos –Constitución Política y COT– se establece que "reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán [los tribunales de justicia] excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión".

16 Ver las siguientes sentencias de la Corte Suprema: Rol N° 2.874-09 y Rol N° 3.433-09.

17 Gómez, Gastón, op. cit., pág. 26.

18 Corte Suprema, Auto Acordado de fecha 24 de junio de 1992, que regula la tramitación del Recurso de Protección. Este ha sido modificado en dos oportunidades: en 1998 y el 2007.

de la acción, lo que provoca una tensión entre la necesidad de contar con un plazo razonable que no constituya una limitación para el ejercicio de la acción y la certeza jurídica, como garantía de todo proceso judicial. Existen situaciones en donde el plazo de 30 días puede resultar escaso, por ejemplo, en circunstancias donde las personas no reconocen inicialmente la vulneración como tal o no están en condiciones de actuar con posterioridad a ocurridos los hechos, en el plazo estipulado. El Auto Acordado también restringe la bilateralidad de la audiencia, al establecer la vista en cuenta de la causa, es decir, sin necesidad de escuchar los alegatos de las partes, lo que resta transparencia y publicidad al actuar judicial e impide el contacto directo del tribunal con las supuestas víctimas.

Desde el punto de vista sustantivo, se ha cuestionado que el Recurso de Protección ha sido utilizado en parte importante para la protección de la propiedad, lo que se ha extendido no solamente a este derecho en sí, sino que a la propiedad sobre otros derechos, lo que se ha denominado la *propietarización* de derechos, y que es analizado en detalle más adelante. Asimismo, se critica que el RP excluya de su tutela a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El catálogo de derechos constitucionales en el artículo 19 reconoce restringidamente estos derechos y, posteriormente, el artículo 20 protege sólo algunos aspectos de los mismos[19]. Al respecto se requiere un catálogo de derechos constitucionales que contemple estos derechos, como asimismo, la existencia de un recurso efectivo para su exigibilidad en los términos del artículo 25 de la CADH. El Comité DESC ha señalado específicamente que Chile debe velar porque "se tenga plenamente en cuenta la exigibilidad de los derechos enunciados en el Pacto, y adoptar medidas para que se conozca mejor la posibilidad de invocar sus disposiciones ante los tribunales"[20]. El INDH en su Informe 2010 planteó su preocupación frente a la exclusión de derechos que establece el artículo 20 de la Constitución, lo que "obliga a buscar formas indirectas o vía otro derecho que sí protege, para lograr algún grado de tutela"[21].

19 Por ejemplo, se protege la elección del sistema de salud (público o privado), la discriminación en materia laboral o la afectación a la sindicalización.

20 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, 2004, párrafo 29.

21 INDH, Informe Anual 2010, op. cit., pág. 65.

RECURSO DE AMPARO

El RA se encuentra regulado en el artículo 21 de la Constitución como una acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores para denunciar la detención, arresto o prisión ilegal, es decir, cuando se realice fuera de los casos o de las formas determinadas por la Constitución y la ley[22]. Esta es una condición de relevancia para la protección de los derechos de las personas: "sólo un precepto legal aprobado por el Congreso Nacional puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, la que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de ella, de manera que se excluyen restricciones de la libertad que, aun determinadas por la ley, no sean razonables o quiebren el equilibrio entre el derecho y su limitación"[23].

El amparo protege los derechos de la libertad personal y seguridad individual mencionados en el artículo 19 N° 7 de la Constitución. Para Humberto Nogueira, el derecho a la libertad personal "implica que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas o arbitrarias que impongan límites a la autonomía de la persona que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable"[24]. Por lo mismo, "la libertad ambulatoria o de circulación es aquel derecho que permita a la persona trasladarse sin obstáculos por el territorio nacional pudiendo asentarse donde estime conveniente, como asimismo, entrar y salir libremente del país, pudiendo expatriarse si lo considera adecuado"[25]. La seguridad individual por su parte es un concepto complementario al anterior que tiene por objeto rodear la libertad personal de un conjunto de mecanismos cautelares que impidan su anulación como consecuencia de cualquier abuso de poder o arbitrariedad.

22 Ver artículo 19.7.b de la Constitución Política de la República. Del mismo modo, el artículo 95 del Código Procesal Penal también establece un amparo, el que se presenta ante el Juez de Garantía para que éste examine la legalidad de la detención y las condiciones en que se encontrare.

23 Nogueira, Humberto, La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno, Revista de Derecho, Universidad Austral, vol. XIII, 2002, pág. 165.

24 Ibídem, pág. 162.

25 Ibídem, pág. 163.

En relación con los obstáculos normativos del amparo, la crítica es similar a la que se hace al recurso de protección, en tanto resulta incompatible con la Constitución que aspectos esenciales del amparo se encuentren regulados por un Auto Acordado y no por la ley[26], siendo que –tal como se señalara en cuanto a protección– la ley opera como garantía del ejercicio de los derechos, ya que sólo mediante ésta es que se pueden establecer restricciones.

2. RESULTADOS DEL ESTUDIO SOBRE RECURSOS DE PROTECCIÓN Y AMPARO COMO MECANISMOS TUTELARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El presente estudio piloto utilizó como fuente los expedientes de recursos de amparo y protección presentados y concluidos entre enero y agosto de 2011 en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel. Se estudiaron 1.061 recursos de protección y 1.266 recursos de amparo. Dadas las características metodológicas del estudio, los resultados no pueden ser generalizados, y los resultados de cada Corte no pueden ser comparados.

A continuación se presentan las principales observaciones respecto el real acceso a estos recursos y sobre su eficacia para la protección de derechos.

26 Corte Suprema, Auto Acordado de 19 de diciembre de 1932.

¿SE OBSERVA EN LAS CAUSAS ESTUDIADAS UN REAL ACCESO A LOS MECANISMOS DE TUTELA DE DERECHOS?

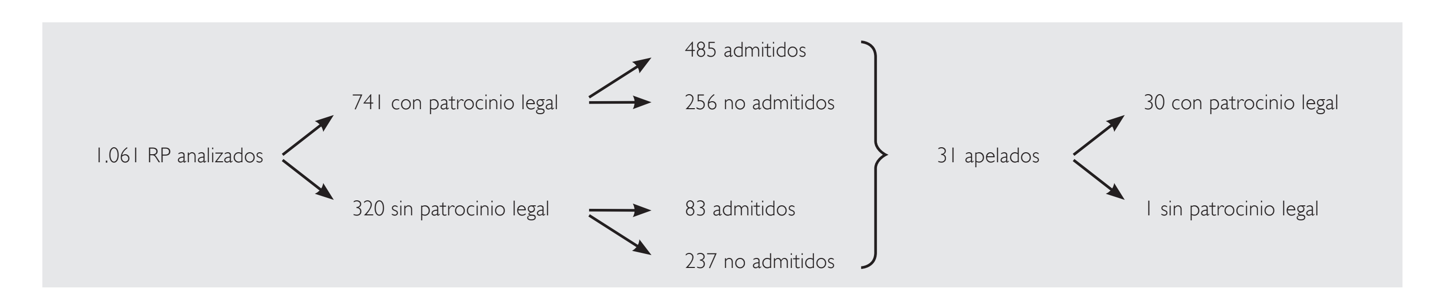
Como se muestra en el cuadro 1, a continuación, de un total de 1.061 recursos de protección analizados, se observó que 741 fueron presentados con patrocinio legal, mientras que 320 no contaron con patrocinio. En estos, se observó que contar con patrocinio legal tendió a facilitar su admisibilidad[27]. Asimismo, del total de causas revisadas, 31 de ellas fueron apeladas, de las cuales una fue sin patrocinio legal[28]. De este modo, quienes apelaron las causas tendieron a contar con patrocinio legal.

En el caso de los amparos (cuadro 2), de un total de 1266 recursos analizados, se observó que 847 se presentaron sin patrocinio legal, mientras que 419 contaron con patrocinio. Si bien en ambos grupos –patrocinados y no patrocinados– es mayor la cantidad de recursos admitidos que no admitidos, proporcionalmente han tendido a tener mayor éxito en la admisibilidad los presentados con patrocinio, ya que un 85% (de un total de 419) de ellos fue declarado admisible, mientras que ello ocurrió en un 59,7% en los presentados sin patrocinio (de un total de 847). En cuanto a la apelación, de las 1.266 causas estudiadas, 74 fueron apeladas, y 6 de ellas no contaban con patrocinio legal. Así, al igual que lo que ocurre en el caso de los recursos de protección, quienes apelaron las causas tendieron a contar con patrocinio legal.

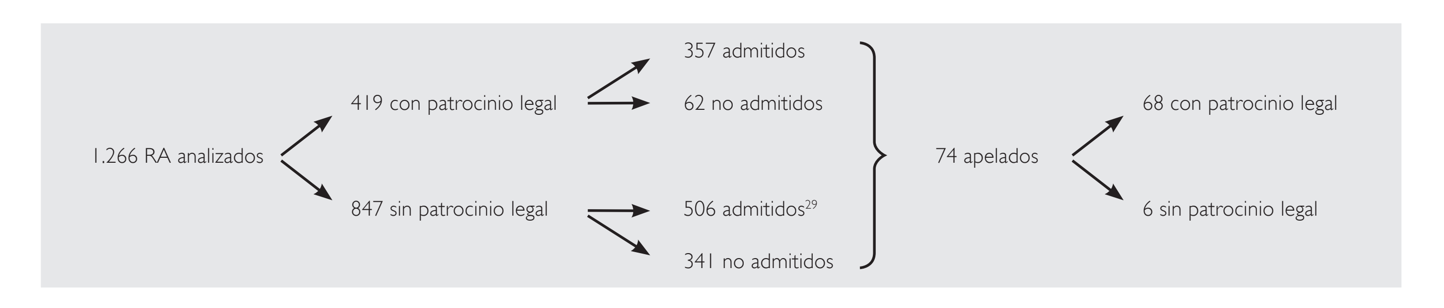
27 Por admisibilidad se entiende el control que realiza el tribunal para verificar que la acción judicial cumple con todos los requisitos formales en su presentación. Por lo mismo, no constituye un análisis sobre el fondo del asunto.

28 Esta tendencia observada podría estar influenciada porque el procedimiento de apelación del recurso de protección se rige subsidiariamente por las normas del Código de Procedimiento Civil, las que están formuladas de manera técnica, requiriendo necesariamente la asesoría legal profesional.

CUADRO 1. RECURSOS DE PROTECCIÓN ANALIZADOS



CUADRO 2. RECURSOS DE AMPARO ANALIZADOS



En cuanto al conjunto de los recursos de amparo y protección, el primer paso del proceso referido a la adminisilidad de los recursos en razón de verificar que cumplan con los requisitos formales, en las causas revisadas se observó que las acciones de protección presentadas con patrocinio legal tendieron a tener una mejor recepción en los tribunales que las acciones de amparo que contaron con patrocinio legal. En relación a las apelaciones, en ambos recursos, quienes contaban con patrocinio legal tendieron a apelar las decisiones.

Otros dos aspectos observados en el estudio que dicen relación con las posibilidades de acceder a la justicia e influyen en la calidad de dicho acceso, se refieren a las fundamentaciones de las sentencias en los casos de inadmisibilidad y al tipo de notificación que se utiliza para la mayoría de las resoluciones en cada proceso.

En relación a la fundamentación de las sentencias, se observó en ocasiones que en la declaración de inadmisibilidad, la argumentación no era clara para entender las razones de su rechazo. Conocer los fundamentos específicos contribuye con la transparencia judicial y con la comprensión por parte de las personas involucradas de las razones que fundan la decisión final de un tribunal.

Del total de 493 recursos de protección no admitidos analizados en la investigación, se constató que en 129 de ellos la inadmisibilidad se fundó en argumentos formales, es decir, por extemporáneo, incompetencia del tribunal o ininteligible[30], mientras que en los 364 restantes declarados inadmisibles existió una diversidad de argumentos de los cuales muchos constituyen razones de fondo. Entre algunos de los argumentos para la inadmisibilidad se destacan: que no se acompañaba oportunamente con documentos que funden el recurso, que el hecho invocado no tenía relación con la garantía constitucional alegada, que la amenaza no era concreta o que la descripción de los derechos que se creían

29 En el caso de la Corte de San Miguel, de las 312 causas presentadas estudiadas con y sin patrocinio legal, todas fueron declaradas admisibles.

30 La extemporaneidad implica que el recurso fue presentado fuera del plazo. La incompetencia consiste en que la Corte de Apelaciones ante la cual se presentó el recurso no es la que corresponde para que conozca el recurso (por ejemplo, porque los hechos no ocurrieron en su territorio). Finalmente, un recurso se rechaza por ininteligible cuando el recurso en sí no se entiende de ningún modo, lo que hace imposible su desarrollo.

vulnerados era vaga e imprecisa[31]. Estas razones para declarar la inadmisibilidad en un recurso que se supone informal, parecieran incorporar dimensiones propias de un análisis de fondo o exigencias de calidad en el cumplimiento de los requisitos de forma que de existir, debieran estar explicitadas a los fines que todas las personas las conozcan y puedan satisfacerlas oportunamente.

En el caso del amparo, existen causas entre las estudiadas que fueron declaradas inadmisibles o directamente rechazadas en razón que "los fundamentos del amparo no se ajustan al artículo 21 de la Constitución"[32]. ¿Qué significa que no se ajusten al artículo 21? ¿No constaba que la persona estuviese arrestada, detenida o presa? ¿No era una detención ilegal? ¿No se mencionaba a nombre de quién se presentaba el amparo? ¿No era la Corte de Apelaciones competente? ¿No se afectaban los derechos protegidos por el amparo? Cualquiera de estas omisiones podría interpretarse como no ajustándose al artículo 21de la Constitución.

En cuanto a las notificaciones para amparo y protección, el sistema utilizado en la mayoría de las resoluciones es el sistema de estado diario[33], que no facilita el acceso a la información para quienes presentan los recursos sin patrocinio legal en razón de su carácter impersonal. En efecto, se requiere un mínimo de conocimientos procesales y jurídicos para saber dónde se publica, cuándo y cómo interpretarlo. Por lo mismo, estos procedimientos deben adoptar formas de notificación en un formato fácil y oportuno, que brinde reales garantías de información.

¿HAN SIDO EFICACES LOS MECANISMOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CAUSAS ESTUDIADAS?

En las causas estudiadas, los motivos por los cuales las personas han presentado recursos de protección y amparo tienden a concentrarse en los siguientes: alza unilateral de planes de salud de Isapres (solo protección), discriminación por sexo en materia de previsión social (solo protección) y condiciones carcelarias de personas privadas de libertad (amparo y protección). Salvo en el primer caso –alza de planes de salud–, donde existe una argumentación y una jurisprudencia contundente, en las otras materias los resultados observados no son contundentes en cuanto a la tutela de derechos.

Los derechos alegados en las causas de protección estudiadas son escasos. Del total de causas estudiadas, los principales derechos alegados han sido propiedad (63,2%), a elegir un sistema de salud (18,4%), a la igualdad ante la ley (15,9%), integridad física y psíquica (15,8%) y, en un menor porcentaje, debido proceso (2,5%)[34]. En estas causas el derecho de propiedad es ampliamente invocado, lo que se ha dado en llamar el fenómeno de la propietarización de los derechos. Tal como señala Gómez, "resulta claro que en nuestro sistema una de las prácticas más extendidas es la de invocar la Constitución para proteger el derecho de propiedad sobre una amplia gama de posiciones y situaciones subjetivas"[35].

En cuanto al alza de planes de salud, de las 945 acciones de protección analizadas en este estudio, en la Corte de Apelaciones de Santiago, 462 fueron a propósito de esta materia[36]. De estas, 350 fueron acogidas, lo que equivale a un 75%. Llama la atención la alta concentración de acciones en este ámbito siendo que las acciones de protección cubren en la norma un campo mucho más amplio de derechos.

En cuanto a la discriminación sexual, se presentaron 12 recursos de protección en el periodo estudiado. De estos, 11 fueron declarados inadmisibles y todos ellos se referían al Sistema de Previsión Social, donde se alegaba discriminación hacia las mujeres en la aplicación de la tabla de mortalidad. El recurso restante presentado argumentando discriminación sexual fue por parte de una persona privada de libertad. En este caso se trató de un interno del Centro Penitenciario Santiago Uno, quien denunció haber

31 Al respecto ver Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias roles N° 509, 1088, 406, 775 y 652, todas del 2011.

32 Al respecto ver Corte de Apelaciones de Santiago, sentencias roles 1789, 441, 1987, 2148, 2146 y 1769, todas del 2011.

33 Señala el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil: "Las resoluciones no comprendidas en los artículos precedentes se entenderán notificadas a las partes desde que se incluyan en un estado que deberá formarse y fijarse diariamente en la secretaría de cada tribunal".

34 Cabe aclarar que en un RP se puede alegar –y así ocurre generalmente– la vulneración de más de un derecho establecido en el artículo 19 de la Constitución.

35 Gómez, Gastón, op. cit., pág. 424.

36 Los recursos de protección en contra de las Isapres se presentan en la Corte de Apelaciones de Santiago y no en San Miguel en razón de que el domicilio legal de estas instituciones le otorga la competencia.

sido objeto de amenazas y golpes con cuchillos y palos en razón de su orientación homosexual[37]. Su hermano presentó el RP solicitando el traslado de módulo. Gendarmería respondió que el interno nunca había denunciado el hecho y que reiteradamente ha sido cambiado de módulo, lo cual se había realizado nuevamente para que no sufra nuevos ataques; el mismo interno bajo declaración escrita ante Gendarmería confirmó no tener inconvenientes.

Dentro de las 1.061 acciones de protección estudiadas se identificaron 105 contra Gendarmería. De ellas, 2 fueron acogidas, lo que equivale a un 1,9%. Una posible razón para explicar este bajo porcentaje es que con la mera respuesta de Gendarmería la Corte da por cerrado el caso, sin verificar que realmente la institución en cuestión haya adoptado todas las medidas. Además, en estas causas, la Corte estableció que la administración de las medidas a adoptar en los Centros Penitenciarios corresponde a Gendarmería en virtud de su Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, por lo que ella no estaría en condiciones de adoptar medidas protectoras. Esto es problemático, ya que cuando el tribunal resuelve el caso en virtud de las facultades del Reglamento, le está dando una mayor jerarquía normativa que a la Constitución, cuando es esta última la que mandata al tribunal para que restablezca el imperio del derecho.

En cuanto al recurso de amparo, 731 de los 1.266 estudiados fueron también presentados ante Gendarmería, lo que representa un 57,7% del total. De estos, siete fueron acogidos, lo que equivale al 0,9% de los presentados ante esta institución.

En dos de los siete amparos acogidos en contra de Gendarmería, la institución entrevistó al interno[38], y los amparados confirmaron la amenaza a su integridad física dentro del penal. Una vez presentado el amparo, Gendarmería debe presentar un informe que contenga la opinión del interno respecto a la verosimilitud de lo denunciado. Esta opinión se obtiene mediante una entrevista que Gendarmería hace al interno, la cual no garantiza que se dé en un ambiente carente de presiones, ya que su opinión se da ante una institución que es juez y parte en el proceso. En este sentido Gómez señala que "la Corte o se conforma con el informe o pide otros informes a organismos públicos especializados –en pocos casos. Si se le informa por estos organismos que hay algo más que hacer, la Corte generalmente lo ordena; si no, se conforma con el informe de Gendarmería"[39].

Dejar la entrevista en manos de Gendarmería le restaría eficacia al amparo y podría ser peligroso para los internos. Por lo mismo, debe ser la Corte de Apelaciones la que caso a caso adopte la mejor manera de ser ella quien verifique las reales condiciones del interno, lo que puede concretarse con una orden del tribunal de llevar al afectado hasta la Corte o que esta misma se apersone en el lugar de detención para verificar la situación. No hay incentivo para alguien privado de libertad de presentar un amparo, si es la misma institución a la que se le acusa de no darle protección, ante quien debe ratificar lo denunciado.

En los casos en que la Corte de Apelaciones decidió adoptar medidas, la decisión consistió en indicar que "Gendarmería de Chile adoptará las medidas necesarias para asegurar la vida e integridad física del protegido"[40], lo que constituiría una resolución general que no contiene una obligación específica y que finalmente deja en manos de Gendarmería de qué forma específica cumple con la sentencia, sin ninguna fiscalización por parte de tribunales[41] que verifique la efectividad de la información, lo que le restaría eficacia a la decisión del tribunal. Cabe recordar finalmente que acciones como el amparo nacen para que el tribunal revise personalmente la integridad física y psíquica de la persona detenida, como una garantía para la persona privada de libertad ante los funcionarios policiales.

37 Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol 21-2011, de fecha 9 de marzo de 2011.

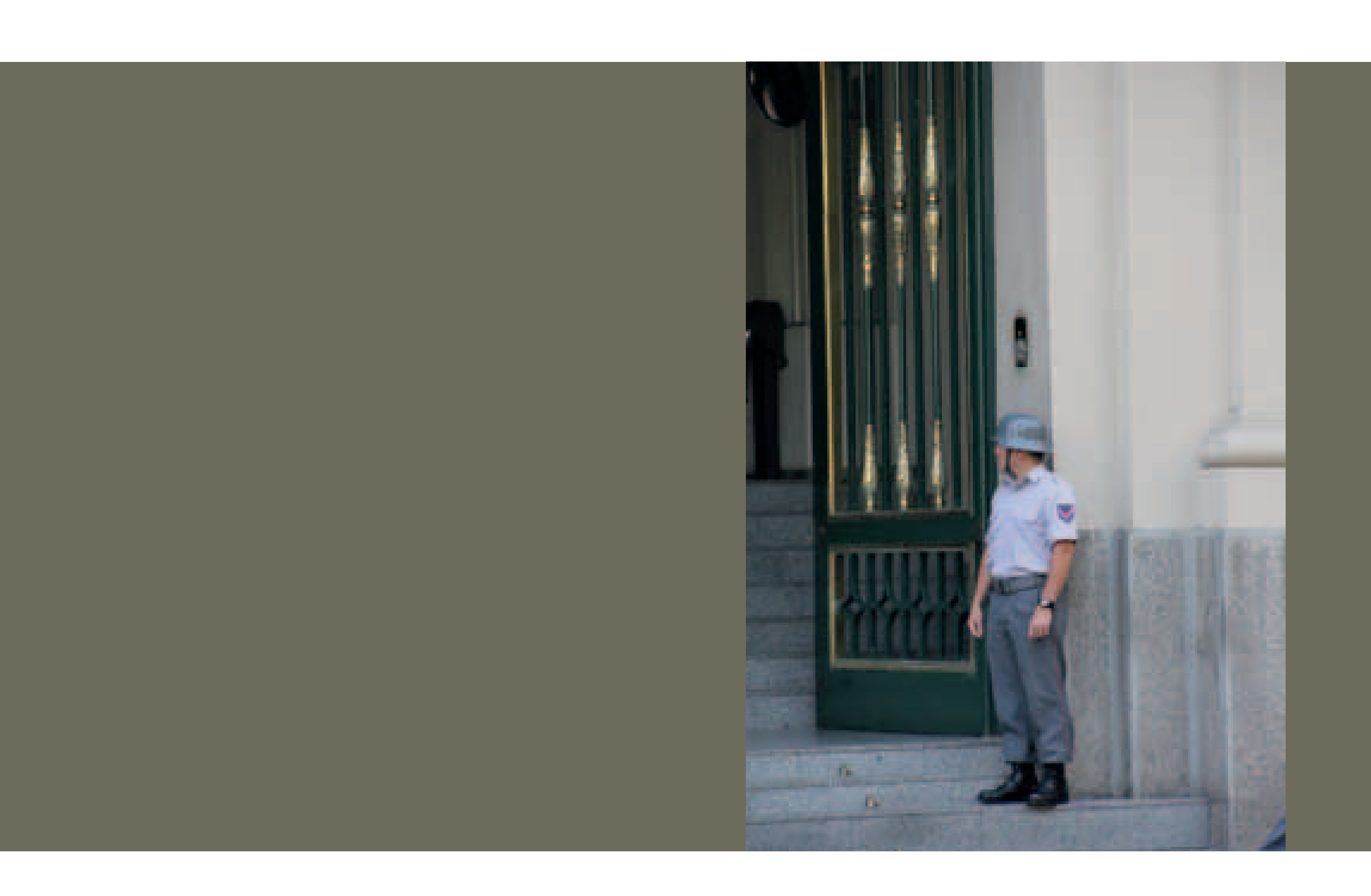
38 Ver Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencias Roles 153 y 165, ambas de 2011.

39 Gómez, Gastón, op. cit., pág. 551.

40 Ver Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol 2505-2011, de fecha 23 de mayo de 2011.

41 Por ejemplo, en los amparos estudiados, de los 434 rechazados, 61 de ellos fueron porque Gendarmería informó ya haber adoptado medidas sin que la Corte de Apelaciones verifique la efectividad de esta información.

2
JUSTICIA MILITAR





JUSTICIA MILITAR

ANTECEDENTES

En el ordenamiento jurídico nacional, la justicia militar tiene una amplia competencia para conocer y juzgar diversos hechos, de acuerdo a lo que indica el Código de Justicia Militar (art. 5). La norma permite que violaciones a los derechos humanos, incluidos delitos de ejecución extrajudicial (homicidios), secuestros y aplicación de tormentos o torturas, perpetrados por militares o carabineros, sean conocidos, investigados y fallados por la jurisdicción penal militar. Lo mismo ocurre en casos de delitos comunes que nada tienen que ver con la función militar, cometidos por estos agentes del Estado, los que se encuentran sometidos a esta jurisdicción y no a la justicia penal ordinaria. Ello significa que las víctimas y sus familiares –la mayoría de ellos civiles– tienen que ejercer sus derechos ante tribunales especiales, distintos de los que rigen para el resto de la ciudadanía, lo que por las especiales características de esta jurisdicción de fuero, entraña una afectación a la garantía de acceder a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación.

De esta manera, casos como el homicidio de Manuel Gutiérrez Reinoso (16 años) ocurrido en la comuna de Macul en agosto de este año; el homicidio de Edmundo Alex Lemún Saavedra (17 años), en noviembre de 2002 en la comuna de Ercilla; el secuestro y posterior desaparición de José Huenante Huenante (16 años), en septiembre de 2005 en Puerto Montt; los homicidios de Matías Catrileo Quezada (22 años), en enero de 2008 en la comuna de Vilcún; y de Jaime Facundo Mendoza Collío (24 años), en agosto de 2009 en la comuna de Collipulli, tienen en común, además de involucrar a personas jóvenes y mayoritariamente mapuche, la circunstancia de que por aparecer involucrado personal de Carabineros en los delitos señalados, los tribunales militares intervienen en su investigación y juzgamiento.

Es el caso de Daniel David Riquelme Ruiz, quien fue encontrado muerto en la vía pública en la comuna de Hualpén, policontuso y con una fractura costal[1], en la madrugada del 10 de marzo de 2010, en circunstancias que regía toque de queda impuesto a causa de las especiales circunstancias derivadas del terremoto y posterior tsunami. El fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación, el mismo día en que fue encontrado el cuerpo sin vida de Daniel, al concluir que había infantes de marina involucrados en los hechos, declinó su competencia y traspasó los antecedentes a la Fiscalía Naval[2].

A septiembre de 2010[3], 2.750 investigaciones por violencia policial se encontraban radicadas y sometidas al régimen procesal de la Justicia Penal Militar. De estas, 2.634 correspondían a civiles que denunciaron haber sido objeto del

1 http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=402719

2 El 11 de marzo de 2010, el Fiscal de Talcahuano Andrés Cruz declaraba a los medios de comunicación que “Se logró establecer que existen presunciones que podrían comprometer a funcionarios de una rama de las FF.AA. Hay testimonios acorde con ello, por lo tanto hemos decidido como Fiscalía de Talcahuano declararnos incompetentes y remitir todos los antecedentes al fiscal Naval”, http://www.cooperativa.cl/ministerio-publico-se-declaro-incompetente-ante-muerte-de-civil-en-hualpen/prontus_nots/2010-03-11/180429.html

3 Oficio N° 1194, de 8 de noviembre de 2010, Secretaría General de Carabineros.

delito de violencias innecesarias por parte de carabineros[4], y 116 alegan haber sufrido detención ilegal[5].

De conformidad a la información proporcionada por Carabineros[6], entre el 1° de enero de 2010 y el 30 de junio de 2011, 262 funcionarios fueron puestos a disposición de la justicia militar acusados de diversos hechos incluidos numerosos delitos comunes: abuso sexual (dos casos), apropiación indebida (seis casos), hurtos (23 casos), malversación de caudales públicos (cinco casos); accidentes con resultado de muerte o lesiones graves (dos casos); cohecho (tres casos); daños (dos casos), ebriedad (cuatro casos), entre otros.

En el presente apartado se analiza en qué medida, que estos hechos sean investigados por tribunales militares, representa una afectación al derecho de imputados, víctimas y sus familiares de acceder a un tribunal natural, imparcial e independiente, y a un proceso judicial público regido por los principios de la bilateralidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas.

1. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El Código de Justicia Militar chileno es de larga data (1925)[7], y en términos generales en relación con sus normas penales y procesales no ha sido objeto de modificaciones sustantivas e integrales que lo armonicen a los estándares normativos que rigen el ordenamiento jurídico interno para la justicia ordinaria, ni a aquellos mínimos obligatorios definidos y consagrados en el derecho internacional de derechos humanos.

Fundamentalmente son tres los ámbitos de tensión presentes en nuestra legislación penal militar que han sido objeto de cuestionamientos: a) la competencia otorgada a los órganos de la judicatura militar que posibilita el juzgamiento de militares –incluidos Carabineros– por hechos constitutivos de delitos comunes, b) la organización y estructura de los tribunales militares en violación a los principios de independencia e imparcialidad, y c) el procedimiento establecido, eminentemente inquisitivo, secreto y escriturado que contraviene las garantías mínimas del debido proceso[8].

La modificación sustantiva a la justicia militar constituye un desafío pendiente y ha sido parte de una demanda que ha persistido en el tiempo, la cual ha sido planteada por organismos de derechos humanos desde iniciada la transición democrática.

Su reforma ha sido motivo de una sentencia internacional que el Estado de Chile, a pesar de los años transcurridos, está renuente de satisfacer incurriendo de esta manera en responsabilidad internacional[9]. En efecto, el 22 de noviembre de 2005, la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, determinó la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales.

El 1° de julio de 2011, la Corte IDH en el marco del seguimiento del cumplimiento de sentencias reiteró que de estimarse necesaria la existencia de esta jurisdicción de fuero especial, ella se limite exclusivamente al conocimiento "de delitos de función cometidos por militares en servicio activo"[10], debiendo el Estado para satisfacer dicho mandato establecer con nitidez en su legislación límites a la "(…) competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares"[11].

4 Art. 330 del Código de Justicia Militar. "El Militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que deben practicar, será castigado […] Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado".

5 Art. 148 Inc. 1° Código Penal. "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios".

6 Secretaría General de Carabineros, Oficio N° 447 de 26 de julio de 2011.

7 El Código de Justicia Militar fue aprobado por el Decreto Ley N° 806, de 23 de diciembre de 1925, y publicado en el Diario Oficial el 24 de diciembre del mismo año.

8 Mera Figueroa, Jorge. Adecuación de la Jurisdicción Penal Militar Chilena de Tiempo de Paz a los Estándares Internacionales de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos 2008, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Pág. 205.

9 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 256.

10 Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1 de julio de 2011. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Supervisión de cumplimiento de Sentencia.

11 Ibídem.

El INDH en su Informe 2010 en línea con lo resuelto por la Corte IDH formuló recomendaciones en el sentido a que dicha adecuación debe hacerse en un plazo razonable, garantizando los principios del debido proceso, esto es, que los llamados por ley a administrar justicia en la investigación de delitos militares estén revestidos de competencia, imparcialidad e independencia, incluido el derecho a acceder a las garantías procesales en condiciones de igualdad entre las partes.

Lo dicho ha sido igualmente representado al Estado de Chile por los órganos de control de tratados. Así, el Comité de Derechos Humanos recomendó al país "[a]gilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente; verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto"[12]. Del mismo tenor, el Comité contra la Tortura expresó su "[p]reocupación [por] las demoras que retrasan la adopción definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que ha recomendado el Comité insistentemente al Estado parte". reiterando que se: "[a]gilice el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares (…)"[13]. En el Examen Periódico Universal este fue uno de los temas de preocupación de la comunidad internacional, asumiendo Chile un conjunto de compromisos que se traducen en revisar la normativa pertinente con el objeto de reformar el sistema de enjuiciamiento militar[14].

12 Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/CHL/CO/5 17 abril 2007, párrafo 12. En el año 1997 el mismo Comité en relación a las observaciones finales formuló la siguiente observación "la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de fallar causas pertenecientes a los tribunales civiles contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal y que impide su castigo por violaciones graves a los derechos humanos". Recomendando a este respecto que se modifique la ley "para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar".

13 Comité contra la Tortura. Observaciones finales. CAT/C/CHL/CO/5. 14 de mayo de 2009, párrafo 14.

14 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009. II. Conclusiones y recomendaciones párrafos 46, 47, 48, y 49.

La Corte Suprema, por su parte, al informar en relación al proyecto de ley sobre jurisdicción y competencia de los Tribunales Militares y procedimiento ante ellos, afirmó en el mismo sentido que "[l]a categórica exclusión de los civiles como sujetos de persecución penal en la judicatura castrense debe ser recibida con beneplácito –no obstante que debió ser incorporada con mucha anterioridad– toda vez que constituye una modificación requerida con insistencia en las esferas académicas y políticas, y un principio rector, consagrado en los ordenamientos jurídicos que aún mantienen una legislación penal militar"[15].

El 28 de septiembre de 2011 el máximo tribunal ha reiterado esta postura al informar favorablemente el proyecto de ley iniciado en moción, que modifica el Código de Justicia Militar en materia de competencia por delitos en que aparezcan involucrados menores de 18 años[16]. En dicha oportunidad siete ministros de la suprema, incluido su Presidente, fueron de la opinión de recomendar la supresión total de la judicatura militar en tiempo de paz, sosteniendo lo inconcebible que resulta en un Estado democrático de derecho sujetar a sus ciudadanos/as a dos tipos de justicia "para algunos, una impartida por un órgano independiente del persecutor, oportuna, fundada en un procedimiento esencialmente oral, acusatorio; y para otros, una impartida por un órgano vinculado de manera estrecha con el que investiga y, por consiguiente, en la que se ven afectados los principios de imparcialidad e independencia; además de aparecer en la actualidad tardía, sustentada en un proceso escrito e inquisitivo"[17].

Del mismo modo han opinado tanto centros académicos[18] como organizaciones de promoción y defensa de derechos humanos[19], los que han emplazado al Estado a dar cabal cumplimiento a lo resuelto por la Corte IDH y a emprender modificaciones estructurales a la justicia de fuero militar de manera de conciliarla con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

15 Corte Suprema. Oficio N° 276 de diciembre de 2009, Boletín legislativo N° 6.739-02.

16 Corte Suprema Oficio Nº 144-2011 de 28 de septiembre de 2011, Boletín legislativo N° 7887-07.

17 Ibídem.

18 Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile, 2008. Universidad Diego Portales, págs. 117-141.

19 Vivanco, José Miguel. Director para America de la ONG Human Rights Watch. En: http://www.hrw.org/news/2010/09/27/chile-spanish.

El requerimiento en orden a introducir reformas a la Justicia Militar ha sido motivo no sólo del pronunciamiento de instancias internacionales de protección de los derechos humanos, sino que también fue recogido como un compromiso de Gobierno en el Programa del Presidente de la República que, en relación a las propuestas de Políticas de Defensa, señalaba que "[o]tro aspecto del proceso de modernización institucional se relaciona con la Justicia Militar y la modificación al Código de Justicia Militar. Planteamos establecer como delitos del fuero militar en tiempo de paz aquellos que exclusivamente afecten un bien jurídico propiamente militar y siempre que sean cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones, excluyendo como regla general la competencia sobre civiles"[20].

El Programa de Gobierno en este punto plantea suprimir los tribunales y las fiscalías militares, aproximándose de esta manera al respeto a las garantías de acceso a un juez natural, independiente e imparcial, al proponer que: "[a]demás se creará un Ministerio Público Militar, dependiente del Ministerio de Defensa, encargado de investigar los delitos del fuero militar y ejercer la acción penal, de la que conocerán los tribunales civiles de la Reforma Procesal Penal. Este organismo estará integrado por abogados militares y civiles especializados"[21].

El ex Ministro de Justicia, Felipe Bulnes Serrano, en comparecencia ante las Comisiones Unidas de Constitución y Defensa del Senado a propósito de la última reforma introducida al Código de Justicia Militar "[s]e comprometió a enviar, a más tardar el 30 de junio de 2011, un proyecto de ley sobre Código de Justicia Militar que contemple una definición de delito militar y hacer esfuerzos durante el mismo año para presentar otra iniciativa legal destinada a establecer una nueva estructura orgánica y un nuevo procedimiento de justicia castrense"[22], lo que a la fecha de redacción del presente Informe aún no se concreta. El Ministro de Defensa por su parte expresó que " a principios del presente año se inició el trabajo de análisis y estudio de un segundo grupo de reformas, esta vez enfocadas fundamentalmente en los aspectos orgánicos y procedimentales de la jurisdicción penal militar chilena"[23], y que para tal efecto se ha constituido una mesa de trabajo conjunta con el Ministerio de Justicia, siendo los objetivos de esta proponer una reforma que dé cuenta de los compromisos del programa de gobierno y "acorde con las obligaciones internacionales que ha contraído el Estado de Chile en esta materia" [24].

En conclusión, decisiones jurisdiccionales vinculantes para el Estado y pendientes de ejecución desde hace seis años, recomendaciones de órganos de control de tratados, informes de la Corte Suprema, opiniones de la doctrina autorizada, así como los compromisos gubernamentales en la materia, se orientan inequívocamente a reconocer la necesidad de introducir una reforma integral a la justicia castrense.

2. INFRACCIONES AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El derecho a acceder a un juez o tribunal competente, imparcial e independiente constituye uno de los principios fundamentales del derecho procesal penal que en criterio del Comité de Derechos Humanos no admite excepciones[25]. Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en términos tales que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial…"[26]. A su vez el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos desarrolla este derecho en términos similares al indicar que: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de

20 Programa de Gobierno en materia de defensa 2010-2014.
21 Ibídem.
22 Exposición del Ministro de Justicia, Don Felipe Bulnes contenida en el Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Defensa Nacional, Unidas del Senado (N° de Boletín 7203-02). 29 de septiembre de 2010. pág. 10.
23 Oficio N° 6583/2619 de 16 de septiembre de 2011.
24 Ibídem.
25 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32 –artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia–. Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007. El Comité en esta Observación señala que "El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción".
26 Art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"[27].

Luego, la independencia e imparcialidad supone la existencia de un tercero dotado de competencia, capaz de dirimir el conflicto sometido a su consideración, en ausencia de un interés directo, una posición adoptada o preferencia por alguna de las partes (imparcialidad)[28] y que ese "otro" responsable de administrar justicia, no tenga vínculos de subordinación o dependencia y, en general, interés de ninguna especie con la materia, las partes u otros órganos del aparato público (independencia)[29].

El deber de garantizar el acceso a tribunales independientes e imparciales no se satisface en la justicia militar en la medida que estos se encuentran en su estructura y composición orgánica sujetos a los principios de jerarquía, disciplina y subordinación al mando atendida consideración a que el "Juez Militar es, además Comandante Jefe Divisionario, que tiene como subordinado al juez instructor denominado Fiscal Militar"[30]. De esta manera la composición, estructura y organización de los tribunales castrenses no garantizan ninguna de las condiciones objetivas que dotan de contenido a los conceptos de independencia e imparcialidad y que hacen parte constitutiva del debido proceso. Los principios de independencia e imparcialidad se ven resentidos desde el momento en que la estructura y organización de la justicia militar está inspirada en el principio de verticalidad y subordinación al mando. Al analizar este aspecto de la judicatura militar chilena, la Corte IDH sentenció que "la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad"[31].

La lesión a estos estándares de garantía derivan de la constitución orgánica de la judicatura militar, además de la regulación del proceso penal militar, preeminentemente inquisitivo en que las funciones de investigar, acusar y finalmente sancionar o absolver recaen en una figura combinada integrada por los fiscales militares, responsables de instruir y sustanciar el proceso y el juez institucional, superior jerárquico que realiza la atribución de responsabilidad.

El derecho al debido proceso como garantía de acceso a la justicia reclama la existencia de tribunales que aseguren la independencia e imparcialidad. Además demanda el respeto a las garantías procesales de manera que "un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables"[32].

De esta manera, el debido proceso implica que se garanticen la publicidad del proceso (art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos), la inmediación, la bilateralidad de la audiencia, esto es, que las partes cuenten con la posibilidad de exponer sus pretensiones sin restricciones arbitrarias y que accedan a recursos judiciales efectivos de impugnación a resoluciones que estiman contrarias a sus derechos (art 25.1 de la Convención Americana y 3.a del

27 Art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

28 En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010), la imparcialidad requiere "[q]ue no existan prejuicios en cabeza del juez o del tribunal, tanto desde una perspectiva subjetiva como desde una perspectiva objetiva, y también que existan garantías suficientes para evitar cualquier duda legítima en este sentido; esto es, que los jueces no tengan ningún sesgo frente a un caso particular, y que no sean razonablemente percibidos como inclinados hacia un sesgo de este tipo" Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo op. cit., párrafo 278.

29 Como lo señala la Comisión IDH "[l]a independencia de la justicia exige que los tribunales sean autónomos de las demás ramas del gobierno, y que se encuentren libres de influencias, presiones, amenazas o interferencia de cualquier origen por cualquier motivo; también implica que los tribunales deben contar con ciertas características que son necesarias para cumplir en forma apropiada e independiente con las funciones judiciales, que incluyen la estabilidad en el cargo y la adecuada capacitación profesional". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros vs Chile. 5 de noviembre de 2010, párrafo 277.

30 Cea Cienfuegos, Sergio y Coronado Donoso, Ricardo; Derecho Militar. Parte General. Tomo I Legal Publishing, Santiago. 2011.

31 Caso Palamara I. vs Chile, párrafo. 155.

32 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, EL Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 1° de octubre de 1999, párrafo 115. Citado por Medina, Cecilia, Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública.

Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos). Todos estos aspectos dicen relación con el establecimiento de un procedimiento penal respetuoso de los principios de derechos humanos que informan el acceso a un juicio justo.

3. REFORMA AL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

En respuesta a la demanda sostenida por comuneros mapuche de ser excluidos de la jurisdicción penal militar, el gobierno patrocinó un proyecto de ley destinado, entre otras materias, a limitar la competencia de los tribunales militares, reforma que finalmente se materializó en la Ley N° 20.477 publicada el 30 de diciembre de 2010[33].

En su idea matriz la reforma estipuló limitar la competencia de la justicia militar estableciendo que: "En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal". (art .1°)

En el Informe Anual 2010 del INDH[34] se realizó un análisis normativo de la reforma y no obstante valorarse se señaló que ella está lejos de satisfacer la obligación del Estado de adecuar su legislación interna a los compromisos internacionales y a dar cumplimiento al fallo condenatorio de la Corte IDH en caso Palamara vs Chile. En efecto, el alcance de la reforma introducida es restrictiva puesto que el Código de Justicia Militar mantiene vigentes hipótesis de delitos, que por cierto no son propiamente militares, en los cuales el victimario o imputado es un militar (incluidos miembros de Carabineros de Chile) y la víctima o sujeto pasivo del mismo, puede eventualmente ser civil. Es el caso del art. 330[35] que tipifica y sanciona el delito de violencias innecesarias. De esta manera, en todos aquellos casos en que se quiera determinar la responsabilidad penal de un militar o funcionario de Carabineros involucrado en hechos que importen un atentado a la integridad física o psíquica de una persona, serán los tribunales y fiscalías militares las que deben conocer de estos hechos. Persiste una definición de delito militar amplio que contempla un catálogo de delitos comunes y mantiene vigente un procedimiento penal militar en tiempo de paz reñido incluso con los estándares vigentes en el derecho procesal común.

La Ley N° 20.477 constituye un avance, al excluir del ámbito de competencia de los tribunales militares el juzgamiento de civiles y menores de edad, cuando estos tienen la calidad de imputados. Sin embargo, por lo limitada, dicha reforma no cumple cabalmente con el objetivo propuesto en el Mensaje Presidencial de adecuar la jurisdicción penal militar a los estándares internacionales, por lo que se hace indispensable profundizar en el esfuerzo de introducir reformas en sintonía con la sentencia dictada por la Corte IDH y las recomendaciones formuladas por los órganos de tratados y los propios compromisos gubernamentales asumidos a este respecto.

33 El proyecto de Ley establecía un régimen más estricto de sanciones tratándose de delitos contra los miembros de las policías. El Ejecutivo, mediante indicación de 15 de septiembre de 2010, suprimió este régimen especial de protección. Boletín N° 7203-02.

34 INDH Informe Anual 2010, págs. 106 y ss.

35 "El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado (…)



LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS

LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS

3

ANTECEDENTES

En el transcurso del año 2011 se ha planteado una vez más en el debate público la legitimidad de la Ley N° 18.314 que determina y sanciona conductas terroristas, y su incompatibilidad con principios y garantías reconocidos en el derecho internacional de derechos humanos y en el ordenamiento jurídico interno. Este debate se ha dado en el marco de diversos hechos entre los cuales destacan: el juicio llevado a cabo en Cañete que se extendió desde el 8 de noviembre de 2010 hasta el 22 de febrero de 2011, fallado en definitiva por la Corte Suprema en junio de 2011; la huelga de hambre iniciada en marzo de este año y que fue sostenida por 87 días por cuatro comuneros mapuche que fueron condenados en dicho juicio, y que finalizó con motivo de la creación de una Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche; y el llamado "caso bombas" que se judicializó el año 2010 con un gran despliegue policial y comunicacional y que en octubre de 2011 dio un giro al dictarse respecto de uno de los principales delitos perseguidos por el Ministerio Público –asociación ilícita terrorista– sobreseimiento definitivo. Por último, en el mes de agosto, la Comisión IDH presentó una demanda en el caso "Segundo Aniceto Norín Catrimán y otros vs. Chile" ante la Corte IDH[1], concluyendo que tanto la formulación normativa como la aplicación selectiva de la Ley Antiterrorista a miembros del pueblo mapuche representan una seria afectación a derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El juicio seguido en contra de los comuneros mapuche fue motivo de preocupación del INDH, el que llevó a cabo tres misiones de observación con el objeto de verificar el respeto a las garantías judiciales y al principio de igualdad y no discriminación[2], así como para observar las condiciones carcelarias de los comuneros mapuche presos. En ese contexto fue presentado a la Corte Suprema un informe en derecho[3] sobre la incompatibilidad del estatuto terrorista con los derechos fundamentales y su afectación durante el proceso judicial. Igualmente, y dadas las especiales condiciones de vulnerabilidad, se realizó el 19 de enero una misión de observación al Centro de Internación Provisoria de Chol Chol para conocer las condiciones de internación de tres jóvenes mapuche imputados bajo la ley que regula conductas terroristas.

La legislación antiterrorista en Chile representa una de las respuestas de mayor intensidad punitiva dentro del sistema penal. Su aplicación trae aparejada la afectación de derechos fundamentales que han sido objeto de reproches por parte de organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos. Sus insuficiencias normativas –inadecuada definición del hecho punible y alteración a las normas del debido proceso– han contribuido a facilitar un patrón de discrecionalidad en su aplicación. El Estado de Chile, en el marco de reivindicaciones sociales, culturales y políticas levantadas por

1 Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros vs. OEA/Ser.L/V/II.140 Chile, 5 de noviembre de 2010. El caso se envió a la Corte IDH el 7 de agosto de 2011.

2 Misión de Observación INDH 2010- 2011 al Juicio Seguido en contra de comuneros mapuche en Cañete, proceso RUC N° 0800932994-4. 8 y 9 de noviembre de 2010, 15,16 y 17 de febrero de 2011; 20 y 21 de abril de 2011.

3 INDH. *Amicus Curiae* presentado a la Corte Suprema el 6 de mayo de 2011 en los autos Rol 2921-2011.

miembros del pueblo mapuche, ha privilegiado desde el año 2005 invocar dicha ley por sobre otras respuestas menos lesivas en términos de derechos.

El Ministerio Público[4] ha informado que entre los años 2010-2011, 48 personas han sido sometidas al régimen procesal de la Ley Antiterrorista, 32 de las cuales están relacionadas o son integrantes de dicho pueblo. Estos procesos judiciales se inscriben en un problema mayor, relativo al conflicto con el pueblo mapuche y el Estado de Chile, caracterizado por demandas de reconocimiento de derechos individuales y colectivos a tierras, territorios y recursos naturales, a la defensa a su identidad política y cultural, y el derecho a la autodeterminación que no han encontrado reconocimiento en el Estado chileno.

En el mes de octubre de 2010, el Poder Ejecutivo, luego de la huelga de hambre que ese año sostuvieron 34 comuneros mapuche acusados de delitos terroristas[5] a lo largo de 82 días, se comprometió a desistirse de invocar esta ley en los juicios seguidos en contra de los comuneros. No obstante, la voluntad del Ejecutivo, el Ministerio Público ha perseverado en accionar penalmente invocando esta legislación o utilizando las ventajas procesales que esta otorga en la investigación.

El INDH en su Informe Anual 2010 recomendó a los poderes del Estado reformar la Ley N° 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, a fin de hacerla plenamente compatible con las normas que garantizan el derecho al debido proceso[6]. Lo sostenido por el INDH está en línea con los motivos de preocupación y recomendaciones expresados por los órganos del sistema universal e interamericano de derechos humanos –Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[7], órganos de supervisión de tratados[8], Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[9], y Comisión Interamericana de Derechos Humanos–[10] los que invariablemente han representado al Estado de Chile, la incompatibilidad del ordenamiento jurídico interno en esta materia con el derecho internacional de derechos humanos. Dicho juicio de reproche deriva del hecho que la normativa vigente: a) mantiene una deficiente definición de delito terrorista que vulnera los principios de legalidad y tipicidad; b) establece normas excepcionales que representan una disminución a los estándares del derecho al debido proceso; y, c) en su aplicación práctica se observa un patrón de conducta que violenta el principio de igualdad y no discriminación por su invocación preferente y selectiva a grupos discriminados de la sociedad.

Este diagnóstico es sostenido además por el Observatorio Parlamentario[11] y otras organizaciones de la sociedad civil[12] quienes han señalado que "[e]l examen crítico de la Ley N° 18.314 nos lleva a la conclusión inequívoca que esta tiene serias deficiencias sustantivas y procesales en el marco de un Estado de derecho democrático"[13].

4 Fiscalía Nacional. Oficio N° 505/2011 de 25 de agosto de 2011.

5 El 1° de octubre de 2010 se pone fin a este movimiento luego del acuerdo entre el Gobierno y comuneros mapuche que mantenían una huelga de hambre en las cárceles de Concepción, Lebu, Valdivia y Angol, y que consistió en el compromiso gubernamental de retirar la calificación de terroristas en los juicios seguidos en su contra.

6 Informe Anual 2010. Instituto Nacional de Derechos Humanos, pág. 164.

7 Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 97.4.

8 Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrafo 34; Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril de 2007, párrafo 7; Comité contra la Tortura, Observaciones Finales: Chile, CAT/C/CHL/5, 14 de mayo de 2009, párrafo 23; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales: Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 15.

9 Anaya, James. Informe del Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. A/HRC/12/34/Add.6, 5 de octubre de 2009, párrafos 60 y 61.

10 Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10, op. cit. El caso se envió a la Corte IDH el 7 de agosto de 2011.

11 Cfr. Observatorio Parlamentario; Minuta sobre Ley que determina conductas terroristas y fija su penalidad N° 18.314 y derechos fundamentales. Septiembre de 2010. El Observatorio está integrado por: Corporación Humanas, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales; Fundación Ideas, Fundación Centro de Estudios de la Mujer y Observatorio Ciudadano, consultar en http://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2010/09/MINUTA-INFORMATIVA-PROBLEMAS-LEY-DE-CONDUCTAS-TERRORISTAS.pdf.

12 Cfr. "El Estado de los Derechos Humanos en Chile: Visión y desafíos desde la sociedad civil y los pueblos indígenas". Suscrito por Acción; Amnistía Internacional Chile; Asociación Americana de Juristas, Rama Chilena; Cinprodh; Cintras; Codepu; Consejo de Pueblos Lickan Aantay (Atacameños); Coordinadora Aymara por la Defensa de los Recursos Naturales de Arica Parinacota; Coordinadora Memoria y Derechos Humanos de Valdivia; Corporación Humanas; Corporación la Morada; Fundación Terram; Liberar; Observatorio Ciudadano; Wallmapuwen. Diciembre de 2010. Consultar en http://www.monitoreandoderechos.cl/node/148.

13 Observatorio Parlamentario, septiembre de 2010, op. cit., pág. 61.

El debate sobre la legitimidad del estatuto antiterrorista, que data del año 1984,[14] y los esfuerzos por adecuarlo a los estándares del derecho internacional de derechos humanos no es nuevo y se arrastra desde los inicios de la transición democrática[15]. Las modificaciones introducidas en el mes de octubre de 2010[16] no lograron, sin embargo, superar la tensión entre esta legislación penal excepcional y las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En los últimos dos años este debate se ha intensificado a partir de los casos mencionados.

1. ANÁLISIS NORMATIVO

Introducidas las modificaciones planteadas en octubre de 2010 persisten algunas incompatibilidades entre la ley y la garantía de respeto al principio de legalidad y el derecho a contar con un debido proceso, que se analizan a continuación.

a) La definición de conducta terrorista: Se modificó el artículo 1° que actualmente establece que las conductas señaladas (homicidio, incendio, secuestro, entre otros) devendrán en terroristas cuando "[…] se cometan con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie" (art.1). Dicha finalidad se inferirá de tres hipótesis alternativas: 1.- La naturaleza y efectos de los medios empleados en la comisión del hecho. 2.- La evidencia que el hecho obedece a un plan predeterminado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas. 3.- Que se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad, o imponerle exigencias.

La descripción imprecisa de la conducta incriminada no permite a quien la interpreta distinguirla de otros delitos contemplados en la legislación penal común y deja espacios de discrecionalidad en su aplicación. Además, la norma actual no precisa el carácter de violencia organizada que entraña la acción terrorista, ni señala la intencionalidad de afectación al orden jurídico-político. Tampoco precisa cual es el bien jurídico protegido. Mantiene en este aspecto referencia a bienes y conductas, ya severamente amparados y penados en la ley ordinaria –como es el caso del delito de incendio en lugar no habitado–.[17]

La definición del delito terrorista en el ámbito internacional no ha sido un asunto pacífico. Desde 1996 se debate en el seno de las Naciones Unidas una iniciativa tendiente a establecer un instrumento de carácter general sobre terrorismo –Convención Internacional General sobre el Terrorismo–, el que no ha concitado el apoyo suficiente para su aprobación, entre otras razones, debido a la dificultad de "diferenciar claramente el terrorismo de la lucha legítima de los pueblos en el ejercicio de sus derechos a la autodeterminación y a la legítima defensa contra la agresión y la ocupación"[18].

A pesar de la ausencia de una definición aceptada internacionalmente, es posible advertir en el derecho internacional comparado y en la doctrina, criterios normativos que conciben el terrorismo como un crimen organizado dirigido a lesionar o poner en peligro la institucionalidad democrática[19], que por la finalidad política[20] y naturaleza de los medios empleados, así como por la afectación y daño indiscriminado a determinados bienes jurídicos, justificaría una respuesta punitiva excepcional por parte del Estado. Existirían, por tanto, a lo menos tres elementos propios del tipo que deben concurrir copulativamente a objeto de configurar desde una perspectiva jurídico-penal el concepto de terrorismo: "[…] por un lado, la organización y su especial peligrosidad, y, por

14 Ley N° 18.314 Determina conductas terroristas y fija su penalidad. Publicada el 17 de mayo de 1984.

15 Cfr. Historia de la Ley N° 19.027 publicada en el Diario Oficial 24 de enero de 1991. Pág. 4. Posteriormente se han introducido modificaciones mediante las leyes N° 19.806 de 31 de mayo de 2002; 19.906 de 13 de noviembre de 2003; 20.074 de 14 de noviembre de 2005; 20.467 de 8 de octubre de 2010; y Ley N° 20.519 de 26 de junio de 2011.

16 Ley Nº 20.467 publicada el 8 de octubre de 2010.

17 Específicamente el delito contemplado en el art. 476 N° 3 del Código Penal, incendio de bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos.

18 Andreu-Guzmán, Federico (ed). Terrorismo y Derechos Humanos. Comisión Internacional de Juristas, pág. 119. En www.old.icj.org

19 Así lo concibe el derecho internacional cuando se señala, como intención del terrorismo, la afectación al estado de derecho o a la estabilidad institucional. Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10, op. cit., párrafo 124. En el derecho comparado se pueden encontrar ejemplos de este elemento del tipo. Es el caso de la legislación española que expresa como finalidad de la acción de la agrupación terrorista, la de "subvertir el orden constitucional" o la "paz social". art. 541 del Código Penal español.

20 La acción terrorista se dirige en contra de la institucionalidad y pretende justificarse desde un discurso público que se atribuye y reclama una legitimidad fundada en convicciones de naturaleza ideológica (religiosas, políticas o de otra índole). El delito terrorista es político, en la medida que los hechos incriminados se dirigen a negar, afectar o destruir el ordenamiento jurídico-político. Por su parte la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de la cual Chile es parte –10 de febrero de 2005–, entiende el terrorismo como un atentado contra el estado de derecho. Cfr. Preámbulo, párrafo 6.

otro, la utilización del terror como estrategia de comunicación, sumado al tercer factor, la dirección política"[21].

Ninguno de estos elementos es considerado por la legislación nacional, lo que ha llevado a que la Comisión IDH, al analizar específicamente la reforma en relación a la definición de la conducta terrorista, sostenga que se "(…) mantienen en vigor los problemas de amplitud, vaguedad, imprecisión y falta de diferenciación con otros tipos penales que la llevaron a concluir que los tipos de la Ley N° 18.314 contrarían en su formulación el principio de legalidad"[22]. La Comisión IDH concluye que esta norma es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto "[s]i bien se ha aprobado una nueva ley por el Congreso de Chile, las reformas legislativas no han significado hasta la fecha un cambio sustantivo en la tipificación de las conductas terroristas que le haga compatible con el principio de legalidad consagrado [en] la Convención Americana"[23].

De esta manera la regulación nacional se aleja del estándar de protección de los derechos humanos, lo que genera un estado de inseguridad jurídica. La obligación del Estado en este orden de ideas, aun cuando se trate de hechos especialmente repudiables, es garantizar que sólo se persiga y determine la responsabilidad penal de una persona cuando la conducta ha sido previamente descrita, de manera nítida y cabal en la forma y por los medios que el ordenamiento jurídico establece.

b) El catálogo de delitos considerados por la legislación como terroristas: Se modificó la penalidad y el catálogo de delitos comunes (delitos base) los que, reuniendo las características señaladas en el art. 1°, devienen en delitos terroristas. No obstante, se mantuvo el delito de incendio y se suprimió del numeral 4 –referido a la colocación, lanzamiento o disparo de bombas o artefactos explosivos o incendiarios– la expresión "que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño".

21 Cancio Meliá, Manuel. Los delitos de terrorismo, estructura típica e injusto. REUS, Madrid, 2010, pág. 184.
22 Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10, op. cit., párrafo 152.
23 Ibídem, párrafo 154.

La Comisión IDH a este respecto ha señalado que "[e]xiste un consenso internacional en el sentido de que el repudio y la obligación de prevenir, suprimir, sancionar y erradicar la violencia terrorista, parten de la premisa que dicha violencia atenta principalmente contra la vida humana"[24]. La propiedad puede ser objeto de protección por parte de la legislación antiterrorista siempre y cuando ella constituya instalación de infraestructura, es decir, propiedad pública o privada destinada a prestar o distribuir servicios al público –agua, electricidad, combustibles, entre otros–[25] y que la afectación de bienes destinados al suministro importe un daño o riesgo para la vida humana[26].

En relación a este punto, la Comisión IDH señaló que la normativa antiterrorista chilena, "al permitir una interpretación que incluye bajo la rúbrica de terrorismo conductas que atenten exclusivamente contra la propiedad, da lugar a ambigüedades y confusión sobre lo que el Estado reprocha penalmente como delito terrorista"[27].

c) Rebaja de los estándares del debido proceso, en especial el derecho a defensa: Finalmente en relación a testigos y peritos con identidad protegida[28], la reforma explicitó la posibilidad del defensor de dirigir "las interrogaciones tendientes a establecer su credibilidad o acreditación y a esclarecer los hechos sobre los cuales depone, siempre que dichas preguntas no impliquen un riesgo de revelar su identidad" (Art. 18 inc. 3). A las medidas de protección señaladas se suma la posibilidad de proveer "recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso" (art .19).

24 Ibídem párrafo 141.
25 Así es entendido por el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art. 1.2).
26 La Unión Europea (2002) señala que la nota distintiva del acto terrorista es que este se oriente a la desestabilización grave o la destrucción de las estructuras constitucionales, económica o sociales de un país u organización internacional, "mediante atentados contra la vida de las personas o su integridad física, secuestro o toma de rehenes, destrucciones masivas gubernamentales, (…), o provocación de incendios o inundaciones, interrupción de los suministros esenciales de agua, de electricidad u otro recurso fundamental con riesgo para la vida humana (…)". Decisión Marco sobre Terrorismo de 13 de junio de 2002. Citado por Cancio Meliá, Manuel, op.cit, pág. 147.
27 Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10, op. cit., párrafo 141.
28 Los arts. 15, 16, 17 y 18 de la Ley N° 18.314 establecen la figura del testigo "sin rostro" o testigo con identidad protegida.

Se mantiene la posibilidad de recibir anticipadamente la prueba testimonial (art. 18 inc. 1°), y que eventualmente el Ministerio Público disponga que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de uno o más intervinientes[29] hasta por un total de seis meses (art. 21). No se modificó la facultad de ampliación de los plazos de detención, hasta por diez días, para poner al detenido a disposición del tribunal y formalizar la investigación siempre que las necesidades de la investigación lo requieran (art. 11 inc. 1°); ni la facultad de recluir al/la imputado/a en lugares públicos especialmente destinados a este objeto, de establecer restricciones al régimen de visitas y de interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar e informática (art. 14).

Estas disposiciones, que si bien en casos particulares pueden reconocer excepciones tolerables cumpliendo ciertos requisitos que se mencionan en los párrafos subsiguientes, representan una alteración a las normas generales y disminuyen los estándares de garantía del derecho al debido proceso que se encarnan, entre otros, en el principio de contradicción e igualdad de armas que importa el respeto a "[l]a noción de que las normas del procedimiento deben estar formuladas de manera tal que no pongan a una de las partes en desventaja frente a la otra"[30], lo que incluye la facultad de controvertir la prueba de cargo y la participación de la asistencia letrada para el control de la prueba rendida en juicio.

La obligación de respeto a estas garantías está contenida también en otros estatutos jurídicos internacionales destinados a la sanción del delito terrorista. Así, la Convención Interamericana contra el Terrorismo dispone que "[t]toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional" (art. 15.3)[31].

La igualdad de medios procesales forma parte y dota de contenido al derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. "Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que importe ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado"[32].

Al analizar la legislación nacional, la Comisión IDH estimó que "[e]l anonimato de quienes intervienen en un proceso penal, en particular la de los testigos, priva a los acusados de las garantías básicas de la justicia […], los acusados no saben quiénes los están acusando, por lo cual no están en condiciones de saber si las personas están calificadas para ello, ni pueden realizar un examen efectivo de los testigos de la contraparte, al no poseer información sobre los antecedentes o motivaciones de quienes declaran, las fuentes de la información sobre los hechos que ilustran en su testimonio, y aspectos afines. En esa medida, el recurso a sistemas judiciales secretos, incluido el recurso a los testigos de identidad reservada, ha sido caracterizado por la Corte y por la Comisión Interamericana en principio como una violación de las garantías del debido proceso a interrogar a los testigos, y de la garantía sobre el carácter público de los procesos penales"[33].

No obstante, como se señaló, se reconocen excepciones tolerables a este estándar en la medida que ellas se justifiquen objetiva y razonablemente, lo que en el caso del delito terrorista supone cumplir con los principios de legalidad y tipicidad, y en la punición de estas conductas constatar la efectiva existencia de una organización de ese carácter capaz de realizar actos que supongan afectar el orden institucional. Es posible, por ejemplo, proporcionar protección, incluido el hecho de mantener bajo reserva la identidad de

29 Son intervinientes del proceso penal el fiscal del Ministerio Público, el defensor, la víctima y el querellante. Art. 12 Código Procesal Penal.

30 Defensoría Penal Pública (2003). Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos. Santiago, pág. 89.

31 En el mismo sentido: Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Protegidas Internacionalmente (art. 9); Convención sobre el Terrorismo de 1971 (arts. 4 y 8). Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (art. 14).

32 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32. Artículo 14. El Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrafo 13.

33 Ibídem, párrafo 237.

los testigos, sin que ello entrañe un menoscabo al derecho a la defensa. Circunstancias excepcionales que deben ser probadas justifican estas medidas de protección siempre y cuando concurran copulativamente determinados requisitos. Siguiendo los criterios establecidos por la Comisión IDH y la Corte Europea de Derechos Humanos, la permisibilidad de la comparecencia y valoración de testigos con identidad reservada supone que: a) exista peligro real hacia el testigo o compareciente derivado de su colaboración con la justicia; b) que la adopción de dicha medida no afecte las garantías inderogables del debido proceso, lo cual ha de ponderarse en la especificidad del caso particular[34]; c) la posibilidad de apelar a la decisión que autoriza el anonimato de los testigos[35]; d) en cuanto medio de prueba, el testimonio prestado por el testigo bajo reserva de identidad debe haber "sido compensado con otras medidas dentro del proceso […], que reparen el desequilibrio en el ejercicio del derecho de defensa del acusado[36]; y por último; e) estas declaraciones no pueden ser determinantes para sustentar el juicio de culpabilidad[37]. De esta manera, lo que en principio constituye una alteración a las normas del debido proceso resultará tolerable a la luz del derecho internacional siempre y cuando concurran los requisitos mencionados. Como lo señala la catedrática y ex presidenta de la Corte IDH, Cecilia Medina, "[u]na interpretación acorde con la finalidad y el efecto útil de las normas sobre derechos humanos, conducen a requerir la mayor concurrencia de las mencionadas exigencias, para asegurar un adecuado contrapeso de las dificultades que debe soportar el acusado a raíz del anonimato de los testigos"[38].

34 Comisión IDH, Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/ll.116. 22 de octubre de 2002. párrafo 233.

35 Corte EDH, Caso Doorson vs. Países Bajos, sentencia de 20 de febrero de 1996, párrafo 73. En Medina Quiroga, Cecilia. 2010 Informe en Derecho. Defensoría Penal Pública.

36 Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Op. cit., párrafo 241.

37 Corte EDH. Caso Doorson vs. Países Bajos, sentencia de 20 de febrero de 1996, parr. 76; Caso Saïdi vs Francia, sentencia de 20 de septiembre de 1993, párrafo 44; Caso Windisch vs. Austria, sentencia de 27 de septiembre de 1990, párrafo 31. En Mediana Quiroga, Informe en Derecho 2010, pág. 23.

38 Quiroga Medina, Cecilia, 2010, pág. 22.

2. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EN CHILE 2010-2011

El juicio seguido en el marco de la ley antiterrorista en contra de comuneros mapuche en Cañete; la situación de jóvenes integrantes del mismo pueblo internados en el Centro de Internación Provisoria de Chol Chol, imputados de delitos terroristas y el denominado "Caso Bombas" constituyen tres hechos paradigmáticos verificados en el transcurso del año que han sido motivo de preocupación del INDH, y que son ilustrativos de los problemas que presenta la Ley Antiterrorista en su interpretación y aplicación.

JUICIO A COMUNEROS MAPUCHE[39]

Entre los años 2005-2009, en la ribera del lago LLeu-Lleu se verificó un conjunto de hechos en el marco de movilizaciones llevadas a cabo por integrantes del pueblo mapuche por la restitución de territorios y recursos naturales y el reconocimiento de derechos políticos, los cuales fueron calificados por el Ministerio Público de Cañete como "[…] parte del plan criminal […] dirigidas a lograr el control territorial de determinadas zonas […]"[40]. Por estos hechos se sometió a juicio a 17 comuneros mapuche[41] acusados de diversos delitos, entre los más graves: amenaza terrorista, homicidio frustrado contra un fiscal del Ministerio Público en ejercicio de sus funciones y en contra de personal de la Policía de Investigaciones, incendio terrorista y asociación ilícita terrorista.

En el juicio se reprodujeron e identificaron los problemas derivados de: a) doble procesamiento en sede civil y militar, b) el concepto de conducta terrorista y su alejamiento de los contenidos mínimos aceptados por el derecho internacional, c) disminución de garantías procesales, especialmente lo referido a testigos sin rostro y d) su aplicación

39 Juicio seguido en contra de comuneros mapuche en Cañete, proceso RUC N° 0800932994-4.

40 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, autos RUC 0800932994-4, Ministerio Público con Héctor Javier Llaitul Carrillanca y Otros. 22 de marzo de 2011, págs. 3 a 17 (hechos constitutivos de la acusación del Ministerio Público).

41 Los acusados inicialmente eran 19, no obstante uno de ellos es declarado rebelde y otro se suicidó, dictándose respecto de él sobreseimiento definitivo.

discrecional en violación al principio de igualdad y no discriminación.

a) Doble procesamiento en sede civil y militar: el 22 de marzo de 2011 el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete dictó sentencia[42]. La mayoría de los imputados fueron absueltos siendo condenados únicamente cuatro comuneros mapuche, por dos grupos de delitos: 1) Homicidio frustrado en contra de un Fiscal Adjunto del Ministerio Público y de lesiones graves en contra de personal de la Policía de Investigaciones en el contexto de una emboscada en contra de una comitiva vehicular, imponiéndose a los cuatro comuneros la pena privativa de libertad de quince años y un día; 2) Delito de robo con intimidación, condenando a uno de los imputados a la pena de diez años y un día, y a los tres restantes a la pena de cinco años y un día. Estas condenas fueron impuestas conjuntamente con las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

En relación al primer grupo de delitos –acción contra caravana de vehículos en las que iba un fiscal del Ministerio Público, funcionarios de Carabineros y de la Policía de Investigaciones–, dado que había Carabineros lesionados, se llevó a cabo un proceso paralelo en la justicia militar en la que se investigó el delito de maltrato de obra[43]. El Tercer Juzgado Militar de Valdivia[44] primero y la Corte de Apelaciones de Concepción[45] después, confirmando el fallo dictado en sede militar, resolvió absolver a los comuneros por no acreditarse la participación de los acusados en los hechos. Existen por lo tanto, dos procesos judiciales y dos sentencias (una absolutoria y una condenatoria) que recayeron sobre los mismos hechos y las mismas personas imputadas. La condena absolutoria fue dictada por el Juzgado Militar y confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, y la otra fue dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete, lo que representa una violación al principio *non bis in idem*. Este principio está reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuya virtud "Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Finalmente la Corte Suprema, revisando las nulidades deducidas por las defensas de los cuatro comuneros mapuche condenados, anuló parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Penal de Cañete y dictó sentencia de reemplazo basada en que la calificación jurídica –ataque a la caravana de vehículos– realizada por el Tribunal Oral, no se ajustaba a derecho[46]. La Corte razonó que no fue posible acreditar la intención clara y precisa de matar o dañar a los funcionarios públicos ni el conocimiento de la especial investidura de estos. Dada la nueva calificación jurídica –delito de lesiones– la Corte Suprema rebajó las penas a tres de los imputados de quince años y un día, a tres años y un día, y al otro de los acusados se la rebajó a cuatro años. Respecto del segundo grupo de delitos, la Corte Suprema mantuvo firme la decisión del Tribunal Oral en lo Penal, manteniendo las penas accesorias.

b) El concepto de conducta terrorista y su alejamiento de los contenidos mínimos aceptados por el derecho internacional: El Tribunal de Cañete al realizar la calificación normativa de los hechos señaló que de todos los delitos imputados por el Ministerio Público, sólo hubo uno susceptible de calificarse de terrorista, el de incendios[47]. No se condenó a ninguno de los imputados por delitos de ese carácter, dado que el Tribunal no adquirió la convicción de que los imputados hubieran tenido participación en los hechos calificados como terroristas. Así, los comuneros mapuche fueron finalmente

42 El juicio oral comenzó el 8 de noviembre de 2010 y se extendió hasta el 22 de febrero de 2011, siendo este uno de los más extensos juicios desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal.

43 Otras de las consecuencias de la movilización de los comuneros mapuche fue la dictación de la Ley N° 20.477 publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2010 que modifica el sistema de justicia militar. Hasta antes de esa reforma el delito de Maltrato de Obra a Carabineros (Art. 416 bis Código de Justicia Militar) era de competencia de la judicatura castrense.

44 Sentencia N° 47 de 13 de diciembre de 2010, Causa Rol 890-2008. Tercer Juzgado Militar de Valdivia.

45 Sentencia de Segunda Instancia Rol 89-2011 Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción. 26 de mayo de 2011. Cabe señalar que como respuesta a la movilización impulsada por los comuneros mapuche en huelga de hambre (quienes se encontraban sometidos a proceso por la justicia Militar y la civil) en demanda de ser excluidos de la jurisdicción penal militar, el gobierno patrocinó un proyecto de ley destinado, entre otras materias, a limitar la competencia de los tribunales militares, reforma que finalmente se materializó en la Ley N° 20.477 publicada el 30 de diciembre de 2010.

46 Corte Suprema. Sentencia de 3 de junio de 2011, Rol 2921-11, Considerando Quincuagésimo Tercero. Quincuagésimo Cuarto, Quincuagésimo Quinto, Quincuagésimo Sexto, y Quincuagésimo Séptimo.

47 Ibídem, Considerandos 91,92, 93 y 94.

condenados por delitos comunes –lesiones y robo con intimidación–, sin embargo, todo el entramado procesal de la investigación y los medios probatorios de cargo ponderados para determinar las responsabilidades penales y condenar se construyeron a partir de las ventajas procesales que ofrece la Ley Antiterrorista. En efecto, durante casi todo el proceso, la investigación se mantuvo en secreto y al amparo de dicha normativa se adoptaron medidas cautelares de privación de libertad en contra de los imputados.

La sentencia al considerar como terrorista el delito de incendio en lugar no habitado se aleja del estándar dominante que establece que la propiedad privada puede ser objeto de amparo bajo esta excepcional legislación, sólo cuando ella sea instalación de infraestructura y concurra el peligro o lesión a la vida de las personas.

Por otra parte, en voto unánime, el tribunal de Cañete desechó la tesis del Ministerio Público de dar por establecida una asociación ilícita de carácter terrorista. En el fallo se señaló que por tratarse de una asociación ilícita terrorista debe concurrir un elemento adicional, "[c]ual es, que el plan criminal propio de este tipo de organizaciones sea precisamente el de cometer ilícitos que conforme a la misma, deban considerarse de terroristas"[48]. La asociación ilícita de carácter terrorista no existió, en concepto de los jueces del Tribunal de Cañete, porque se carece de la convicción de haberse cometido ilícitos que encuadren dentro de la calificación jurídica de terroristas[49]. La calificación jurídica de los incendios como acciones terroristas no hubiese sido posible de exigirse en la definición del tipo la existencia del elemento organizacional.

c) Disminución de garantías procesales, especialmente referidas a testigos sin rostro: la sentencia condenatoria incorporó, valoró y ponderó la declaración de un testigo secreto que adicionalmente tuvo la calidad de coautor de los hechos investigados, pieza probatoria fundamental al momento de determinar la participación de los acusados[50]. Particularmente abusiva resultó la situación de este testigo, quien declaró en el anonimato y con la expectativa de verse beneficiado de la no persecución penal en su contra, lo cual, como lo señala el voto de minoría, hace posible "concluir que al prestar declaración obtuvo una ganancia o beneficio relevante, restando credibilidad de la declaración obtenida"[51].

d) Aplicación discrecional en violación al principio de igualdad y no discriminación: Finalmente, el Gobierno y uno de los querellantes –Forestal Mininco–[52] se desistieron de perseverar en la invocación de la Ley Antiterrorista[53], en contraste con lo actuado por el Ministerio Público que persistió en invocar una legislación que en su estado actual es cuestionada en su legitimidad por no satisfacer el estándar internacional en esta materia. El Ejecutivo en su decisión de no insistir en su propia acusación, en los hechos reconoció que no existió un fenómeno terrorista al que debiera aplicarse una normativa de excepción y que, por lo tanto, los hechos debían ser calificados dentro del estatuto penal común.

La invocación y aplicación de una legislación de por sí excepcional, a determinados grupos o colectivos de personas integrantes o relacionados con aquellas categorías expresamente prohibidas de discriminación, como es la pertenencia

48 Ibídem, no hay "evidencias concretas en torno a la existencia que señala la acusación, de un plan criminal seguido por un grupo organizado de personas, tendiente a lograr el control territorial absoluto de determinadas zonas aledañas al Lago Lleu Lleu, y la expulsión de todos aquellos que se consideran ajenos a su etnia, se debe descartar la existencia de una asociación ilícita de tipo terrorista…". Considerando 105.

49 El considerando 103º es lapidario en este sentido al señalar que: "Que acorde con lo que se viene diciendo, y conforme con el mérito de los hechos descritos en la propia acusación, se estima que no existen elementos suficientes como para dar por establecido, que las acciones desplegadas por este grupo de personas, tuvieran como fundamento, la existencia de un programa criminal tendiente a la comisión de delitos que deban calificarse como terroristas".

50 Como lo señala el voto disidente, la prueba rendida "en relación a la participación de los acusados (…), se asienta en tres pilares constituidos primeramente por la declaración del testigo protegido N°26, el testimonio de oídas de los funcionarios policiales que recibieron la declaración del imputado (…) y el análisis de las escuchas telefónicas de los teléfonos celulares que se atribuyen a los imputados".

51 Ibídem. Señala la jueza Paola Schisano Pérez que: "al otorgarse en este caso, protección al imputado-testigo, sin haberlo perseguido penalmente, se trastoca la finalidad que la norma persigue, al obtener el declarante no sólo la protección debida derivada de su calidad de testigo, en este caso en el marco del artículo 18 de la Ley Nº 18.314, sino que de manera excepcional, obtuvo no ser perseguido penalmente, estableciéndose a su favor una especie de blindaje, que nuestra legislación penal no contempla".

52 El Gobierno retiró en la audiencia de apertura de juicio oral –8 de noviembre de 2010– las calificaciones de conductas terroristas, como resultado del proceso de negociación a que había dado lugar la huelga de hambre de los comuneros mapuche imputados bajo la Ley Antiterrorista. Forestal Mininco SA, por su parte se desiste de calificar los hechos de terrorista para encuadrarlos dentro de delitos de carácter común –alegatos de clausura 15, 16 y 17 de febrero de 2011–.

53 Voto de minoría de la jueza Paola Schisano Pérez, sentencia recaída en el RUC 0800932994-4. Tribunal Oral en lo Penal Cañete, 22 de marzo de 2011, págs. 353-358.

étnica, política, u otra condición social, impone a los órganos responsables de investigar e impartir justicia, adoptar sus decisiones con un especial deber de cuidado evitando incurrir en un tratamiento diferenciado respecto de las demás personas que integran la comunidad.

Más aún, la invocación y/o aplicación selectiva de una norma lesiva de derechos –como lo es la legislación antiterrorista– a una categoría sospechosa, es en principio incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, recayendo la carga de la prueba en el ente estatal, a fin de demostrar la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad al fin perseguido de la medida adoptada[54]. La Comisión IDH, al analizar la sentencia dictada en contra de los lonkos y otras autoridades ancestrales mapuche, en el caso "Segundo Aniceto Norín Catrimán y otros vs. Chile"[55], advirtió que "si bien los Estados tienen el derecho y el deber de perseguir actos de violencia que se presenten bajo su jurisdicción, incluyendo aquellos generados en el contexto de una protesta social que se torne violenta, la aplicación selectiva de un régimen penal especial más restrictivo que el régimen penal ordinario –como lo es el régimen antiterrorista chileno– a los miembros de un grupo étnico configura una diferencia de trato frente a las demás personas, con incidencia directa sobre el goce de sus derechos sustantivos y procesales. Esta diferencia de trato, al incorporar un criterio de pertenencia étnica, se basa en una categoría sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana […]"[56].

Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche

Los comuneros que finalmente fueron condenados iniciaron el 15 de marzo de 2011 una huelga de hambre que se mantuvo por un período de 87 días y finalizó con motivo de la creación de una Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche, conformada por Monseñor Fernando Chomalí, Arzobispo de Concepción; doña Lorena Fríes Monleón, Directora del INDH; doña Natividad Llanquileo Pilquimán, Vocera mapuche; doña Millaray Garrido Paillalef, Vocera mapuche; Monseñor Pedro Ossandon, Obispo Auxiliar de Concepción y Padre Jose Fernando Díaz, de la Comisión Nacional de la Pastoral Indígena Zona Sur. Uno de los objetivos de la Comisión es proponer una reforma efectiva a la Ley N° 18.314 de manera que se ajuste en su tipificación a los estándares internacionales y a analizar las obligaciones que debe cumplir el Estado de Chile en materia de reclusión de personas pertenecientes a pueblos indígenas, de conformidad a lo establecido en el art. 1057 del Convenio 169 de la OIT. A la fecha de cierre del presente Informe la Comisión se ha reunido en tres oportunidades, avanzando en sus objetivos según lo programado.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SOMETIDOS A LA LEY ANTITERRORISTA

Una de las reformas introducidas en octubre de 2010 a la Ley Nº 18.314 es la que excluyó a los menores de 18 años de su aplicación. Por expresa aplicación del principio de especialidad, debían ser sometidos al procedimiento y las rebajas de penas contempladas en la ley de responsabilidad penal adolescente[58] y no a dicha ley. A pesar de la clara intención del legislador de excluir a jóvenes menores de 18 años del régimen penal y procesal de la Ley Antiterrorista, el Ministerio Público perseveró en su aplicación en a lo menos cuatro causas[59]. La invocación de esta legislación para perseguir la responsabilidad de jóvenes menores de 18 años infringe la Convención Internacional de los Derechos del Niño fundamentalmente en relación a los principios del interés superior del niño/a; de reinserción social y de respeto al debido proceso –art. 40–. En razón de esta y otras violaciones detectadas que lesionan los derechos de niños y niñas, la Fundación ANIDE, junto a la Red de ONG de Infancia y Juventud de Chile (ROIJ Chile), en audiencia concedida por la Comisión IDH el 25 de marzo de 2011, denunciaron

54 CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/SER.L/V/II. 116, 22 de octubre de 2002, párrafo. 355.
55 Comisión IDH. Informe de Fondo N° 176/10. Op. cit.
56 Ibídem, párrafo 187. LA CIDH concluyó que "Ante esta falta de fundamentación, la diferencia de trato basada en el origen étnico y/o vinculación con un grupo étnico determinado, no fue justificada por el Estado y, por lo tanto, la Comisión concluye que constituyó un acto de discriminación racial en violación del artículo 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de [los peticionarios]". párrafo 208.
57 Art. 10. Convenio 169 "Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.
58 Art. 3 Ley N° 20.467.
59 Anexo. Documento entregado por los representantes de UNICEF. Historia de la Ley N° 20.519, pags. 24 a 41. Nómina de adolescentes imputados por infracciones a la Ley N° 18.314.

la aplicación de esta legislación de excepción en contra de adolescentes mapuche[60].

El INDH, por invitación de estas mismas organizaciones, realizó el 19 de enero de 2011 una misión de observación al Centro de Internación Provisoria de Chol Chol para conocer las condiciones de internación de tres jóvenes mapuche imputados bajo la ley que regula conductas terroristas, hecho que a juicio de las personas convocantes vulneraba las garantías constitucionales que rigen el debido proceso, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de Menores.

La interpretación dada por parte de los tribunales y el Ministerio Público a la aplicación de la Ley Antiterrorista a adolescentes motivó que se aprobara en junio una nueva reforma que explicita de manera inequívoca no aplicar la Ley Antiterrorista a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años[61].

LA APLICACIÓN DE LA LEY ANTITERRORISTA EN OTROS CONTEXTOS: EL "CASO BOMBAS"

El único caso del período observado en que se ha invocado la Ley Antiterrorista y que no involucra a miembros del pueblo mapuche es el denominado "caso bombas"[62]. Luego de cuatro años y seis meses de investigación el 14 de agosto de 2010, en un vasto operativo policial verificado en la Región Metropolitana y Valparaíso fueron detenidas 15 personas acusadas de la colocación de 29 artefactos explosivos o incendiarios, hechos ocurridos entre los años 2006-2010. Los días 17 y 18 del mismo mes fueron formalizadas 14 personas por los delitos de asociación ilícita terrorista y colocación de artefactos explosivos del mismo carácter. La acción emprendida por el Ministerio Público se realizó luego que, a instancias del Ministerio del Interior, se solicitara mayor celeridad en la investigación[63]. Esto motivó que el Fiscal Nacional designara el 14 de junio de 2010 al entonces Fiscal Alejandro Peña[64] para continuar la investigación, quien luego de dos meses solicitó y obtuvo del Tribunal de Garantía las órdenes de allanamiento, incautación y detención.

El despliegue y tratamiento dado por algunos medios de comunicación fue severamente cuestionado por organismos de promoción y defensa de derechos humanos[65], los que denunciaron la violación del derecho de toda persona a no ser tratada como culpable sin previa sentencia judicial firme y ejecutoriada que así lo determine. El reproche fue finalmente compartido por el Consejo Nacional de Televisión, que sancionó al canal Megavisión "…merced a su falta de equilibrio –es notoria la ausencia de la versión de los imputados–, la exhibición en primeros planos de sus rostros, así como el tono abiertamente incriminatorio en contra de ellos, al preterir sin más la presunción de inocencia que los favorece en el actual estadio procesal de la causa, es vulnerada la dignidad de sus personas y, con ello, infringido el principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión, toda vez que las incriminaciones hechas en las emisiones objeto de control no se encontraban respaldadas por una sentencia firme y ejecutoriada, que así lo autorizara […]"[66].

El Fiscal a cargo de la investigación, antes de presentar su renuncia y asumir responsabilidades en el Ministerio del Interior y Seguridad Pública –querellante en el caso– dedujo acusación en contra de las 14 personas, acompañando a la audiencia de preparación del juicio oral 6.744 piezas probatorias de carácter documental; solicitando la comparecencia de 794 testigos, ocho con reserva de identidad y la presentación

60 En dicha audiencia fue presentado a la CIDH el Informe sobre Violencia Institucional Contra la Niñez Mapuche en Chile, elaborado por la Fundación ANIDE, en alianza con la Red de ONGs de Infancia y Juventud de Chile (ROIJ Chile), gracias al auspicio de Kindernothilfe, y con el respaldo de la Red Latinoamericana y Caribeña por la Defensa de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (REDLAMYC). Consultar en http://meli.mapuches.org/spip.php?article2254

61 Art. 1 Ley Nº 20.519 publicada en el Diario Oficial 21 de junio de 2011.

62 Causa RUC N° 0700277303-6, el Ministerio Público deduce acusación en contra de 14 personas, por los delitos de asociación ilícita terrorista y colocación de artefactos explosivos.

63 http://www.lanacion.cl/hinzpeter-pide-apurar-caso-bombas-para-controlar-incipiente-terrorismo-/noticias/2010-06-22/113105.html.

64 El Ministro del Interior celebra remoción de Fiscal Armendáriz: http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=418946

65 Informe Misión de Observación a las personas presas por razones políticas, imputadas en el Caso Bombas, y recluidas en la Cárcel de Alta Seguridad, Unidad Especial de Alta Seguridad. Misión integrada por miembros del Observatorio Ciudadano; CODEPU; Comisión Ética Contra la Tortura; Centro de Salud Mental y Derechos Humanos, (CINTRAS) y Comisión Chilena de Derechos Humanos. Consultado en http://es.scribd.com/doc/56759345/Informe-de-la-Mision-de-Observacion-a-CAS-UEAS-Caso-Bombas.

66 Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Televisión. 17 de enero de 2011, págs. 13-22. Considerando Noveno. Consultado en http://cntv.nivel5.cl/medios/Consejo/Actas/2011/ActaENERO172011.pdf.

de 221 peritos[67]. Dentro de la prueba ofrecida se encontraba una gran cantidad de libros entre ellos "Los mapuches ante la justicia"[68]; un parche circular referido a la nación mapuche[69], posters de cantantes de música pop –poster de Axl Rose–[70], entre otras. Concluida esta audiencia se excluyó por parte del Tribunal de Garantía el 60% de la prueba ofrecida por el Ministerio Público, lo que constituyó un serio revés a la pretensión de la parte acusadora, la que por este y otros hechos dedujo recursos contra la resolución del juez de garantía.

Desde el 21 de febrero de 2011 y por 65 días los presos/as mantuvieron una huelga de hambre, quienes la depusieron "una vez acordada la instalación de una mesa de diálogo cuyo propósito sea resolver las exigencias [...] en torno a la aplicación de la Ley Antiterrorista"[71].

No obstante los esfuerzos del Ministerio Público por mantener en prisión preventiva a las personas acusadas, al momento de elaboración del presente Informe todos se encuentran en libertad con medidas cautelares de menor intensidad que la privación de libertad. En promedio, la mayoría estuvo en prisión preventiva por un período de ocho meses recluidos en la Unidad Especial de Alta Seguridad (U.E.A.S) de la Cárcel de Alta Seguridad de Santiago, con un régimen de encierro y riguroso asilamiento de 22 horas diarias. El 4 de octubre de 2011 el Ministerio Público, asumiendo las inconsistencias de su propia investigación se desistió de presentar acusación en contra de 13 imputados, dictándose a su respecto sobreseimiento definitivo por el delito de asociación ilícita terrorista. En definitiva, sólo seis acusados continúan, a la fecha de redacción del presente Informe, con cargos en el Caso Bombas.

El revés experimentado motivó a que el Fiscal Nacional Sabas Chahuán requiriera un informe a la Fiscalía Metropolitana Sur, sobre lo sucedido en este caso[72].

Familiares de las personas imputadas solicitaron formalmente al INDH que en virtud de las atribuciones que le asisten, pueda constituirse como observador del proceso judicial como asimismo, realizar veeduría sobre las condiciones carcelarias de privación de libertad. El INDH desarrolló las misiones de observación y constató las extremas condiciones de encierro de los imputados. Actualmente se encuentra en desarrollo la misión de observación del juicio, el que aún no ha concluido.

67 Auto de Apertura del Juicio Oral. causa RUC N° 0700277303-6, 21 de junio de 2011.
68 Prueba N° 5724 Acusación Ministerio Público.
69 Prueba N° 5713 Acusación Ministerio Público.
70 Prueba N° 4631 Acusación Ministerio Público.
71 Informe Misión de Observación de la Personas presas, op. cit. Mayo de 2011, pág 7.

72 http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2011/10/04/caso-bombas-sobreseimiento-de-13-imputados-por-asociacion-ilicita-siembra-dudas-sobre-procedimientos-del-ministerio-publico/

4

ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA MUJERES





ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES

4

ANTECEDENTES

Desde hace ya algunas décadas, las organizaciones de derechos humanos han visualizado que la posibilidad real de las mujeres de acceder a la justicia –esto es, a instancias y recursos judiciales de protección y a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas– tiene que ser analizada en el contexto de la discriminación que las afecta en múltiples ámbitos de la vida social.

Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos de las mujeres hacen referencia explícita a las garantías que el acceso a la justicia reporta en su caso. La Convención para la Eliminación de la Discriminación a la Mujer (CEDAW) establece que los Estados deben condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas y "establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación" (art. 12 c.). Por su parte la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) consagra el derecho a la igual protección ante la ley y de la ley (art. 4 f.), y "el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos" (art. 4 g.).

No obstante, el acceso a la justicia es hoy uno de los principales problemas para la protección de los derechos humanos de las mujeres. El bajo número de mujeres en los cargos de poder de la administración de justicia[1], la falta de conocimiento y capacitación en materia de género, sumado a las falencias en los procedimientos judiciales son algunos de los problemas de fondo que tiene aún el Estado de Chile para satisfacer la demanda de justicia.

La evaluación que hacen las mujeres en Chile de la justicia es contundente en su disconformidad. En la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH este año, el 61% de las encuestadas no cree que en el país se aplique la ley a todos por igual[2]. Tendencia similar muestra la encuesta sobre Mujer y Política realizada por la Corporación Humanas en septiembre de 2010: sólo 32% de las mujeres indígenas y 39% de las mujeres no indígenas tienen confianza en la justicia[3]. El SERNAM al respecto señala que "hoy el acceso de las mujeres a la justicia sigue siendo difícil y es aún frecuente la impunidad de los agresores"[4].

1 Numerosos estudios dan cuenta de cómo la diversidad de género en la composición de espacios de poder y toma de decisiones tiene un impacto en el tipo de resoluciones que se toman y en los contenidos de las sentencias. En Chile, la cantidad de mujeres en los diferentes tribunales del país es la siguiente: la presencia de mujeres aumentó de 20% a 35% entre 1995 y 2009 (incluyendo Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y el Tribunal Constitucional); sin embargo, siguen constituyendo sólo 30% de los/as Ministras y 32% de los/as presidentes de Cortes. La primera mujer en llegar a la Corte Suprema fue María Antonia Morales en el año 2001. (PNUD, Desarrollo humano en Chile: género, los desafíos de la igualdad. Santiago, 2010). Situación similar se constata en el Ministerio Público: 28% de las fiscales son mujeres, y solo una fiscalía regional de las 18 está bajo la responsabilidad de una mujer. En la Defensoría Penal Pública, sólo una de las oficinas regionales está a cargo de una mujer, (Información tomada de las páginas web del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública en agosto de 2011).

2 INDH. Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, 2011. Disponible en: www.indh.cl

3 Corporación Humanas (2010). Encuesta "Percepciones de las Mujeres indígenas y no indígenas sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2010". En: http://www.humanas.cl

4 SERNAM. Agenda de Género 2010-2014.

Este año el INDH pone su mirada en tres situaciones en torno a las que existe vulneración o incumplimiento de los estándares de derechos humanos: la violencia en el ámbito de las relaciones afectivas que afecta desproporcionadamente a las mujeres; la violencia sexual en el contexto de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos; y el caso de Gabriela B., un ejemplo de la complejidad de la ponderación de los aspectos culturales en combinación con la dimensión de género en los procesos judiciales en los que intervienen mujeres indígenas.

1. ACCESO A LA JUSTICIA EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La violencia contra las mujeres ejercida por personas con quienes existe un vínculo afectivo constituye en Chile un problema grave de derechos humanos. Si bien no existe aún un registro único que permita dimensionar su magnitud, estudios realizados por entidades públicas permiten inferir que al menos una de cada tres mujeres ha vivido violencia en sus relaciones de convivencia[5].

La violencia contra las mujeres hace parte de un patrón cultural profundamente arraigado en la sociedad chilena. Para su erradicación se requiere tanto su prevención y atención en los servicios públicos, como la sanción a quienes la cometen. Estos tres elementos, que conforman una política integral para abordar el problema, se encuentran en Chile desagregados y con desigual desarrollo. La respuesta estatal se ha centrado, como en casi toda América Latina, en la dimensión judicial y de tipo penal, y por lo mismo resulta insuficiente para brindar la protección integral a la que se encuentra obligado el Estado para con sus ciudadanas.

Tanto el Comité de la CEDAW como la Comisión IDH han señalado que los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra las mujeres en cualquier contexto que estos ocurran, y de esta manera evitar la impunidad[6]. En su informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en la Américas, la Comisión IDH observó que "a pesar del reconocimiento formal y jurídico de los Estados de que la violencia contra las mujeres constituye un desafío prioritario, existe una gran brecha entre la incidencia y la gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida"[7]. En relación a la calidad de la respuesta judicial ofrecida, el Relator sobre los derechos de las mujeres de la Comisión IDH recordó al Estado su obligación "de garantizar a las mujeres un acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos para remediar actos de discriminación y violencia"[8].

En Chile, el número de denuncias de hechos de violencia y de casos que se judicializan ha aumentado en forma bastante sostenida en los últimos años[9]. El Ministerio del Interior, a través de la División de Seguridad Pública, informó que los casos policiales de violencia intrafamiliar (VIF) –incluyendo denuncias de la comunidad y delitos flagrantes– fueron 137.117 en 2010; y en el primer semestre de 2011 ascendieron a 78.334, lo que marca un incremento de 15,2% respecto del mismo período del año anterior[10]. La desagregación por sexo de la estadística indica que 80% corresponde a mujeres. Por su parte, al Ministerio Público ingresaron, en el 2010, 117.145 casos por concepto VIF. Entre enero y junio de 2011 se registraron 70.987 víctimas por delitos producidos en este contexto, lo que representa el 10% del total que han ingresado a su sistema[11]. De ellas, 80,1% son mujeres. Al analizar las categorías de delitos, los mayores volúmenes corresponden a lesiones (52,8%), amenazas (36,4%) y

5 La Encuesta Nacional de Victimización del Ministerio del Interior de 2008 arroja que la prevalencia de violencia intrafamiliar para mujeres es de 35,7%. Los datos son para mujeres mayores de 15 años que han tenido una relación de convivencia; por tanto, queda excluida de este universo la violencia que se produce en el pololeo, y la violencia sexual que proviene de integrantes de la familia. Disponible en: http://www.seguridadpublica.gov.cl/files/presentacion_violencia_intrafamiliar_v2.pdf

6 Comité de la CEDAW, Observación General Nº 19, artículo 24, y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

7 Comisión IDH. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II, Introducción, 2007, párrafo 6.

8 OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 63, 27 marzo 2009, párrafo 180.

9 El Ministerio del Interior reporta que la tasa de denuncias por violencia intrafamiliar ha pasado de 390,3 por cien mil habitantes en 2001 a 638,5 por cien mil habitantes en 2010. Por su parte, el Ministerio Público reportó el ingreso de 53.963 casos en 2007 frente a 117.145 en 2010.

10 Ministerio del Interior, División de Seguridad Pública. En: www.seguridadpublica.cl

11 Los delitos que se incluyen son: amenazas, delitos sexuales, desacato, homicidio, lesiones, maltrato habitual y parricidio.

maltrato habitual (6,2%)[12]. Según estadísticas de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, la tasa de aprehendidos por violencia intrafamiliar presentó un crecimiento de 9% entre el primer semestre de 2010 y el mismo período de 2011.

Como se observa en el cuadro que sigue, el tratamiento judicial de los casos en sede penal muestra que la proporción de salidas no judiciales que arroja el sistema no se ha modificado sustancialmente, como tampoco lo ha hecho la relación entre sentencias condenatorias y suspensiones condicionales de la sentencia, marcando así un patrón sostenido de un tipo de procesamiento judicial que resulta preocupante.

TÉRMINOS APLICADOS EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR 2008-2011, PORCENTAJES

TÉRMINOS	2008*	2009*	2010	ENERO JUNIO 2011
Sentencia definitiva condenatoria	9,5	9,69	9,91	9,42
Sentencia definitiva absolutoria	0,3	0,41	0,67	0,82
Sobreseimiento definitivo	2,0	3,82	4,45	2,39
Sobreseimiento temporal	1,4	1,49	1,61	1,72
Suspensión condicional del Procedimiento	33,8	35,68	35,18	39,16
Facultad para no investigar	3,3	4,05	4,77	4,33
Subtotal salida judicial	**50,6**	**55,26**	**56,59**	**57,82**
Archivo provisional	30,1	27,64	28,34	27,15
Decisión de no perseverar	5,5	6,99	6,34	6,28
Principio de oportunidad	12,5	9,01	7,59	7,60
Incompetencia	1,2	1,11	1,14	1,26
Subtotal salida no judicial	**49,4**	**44,7**	**43,41**	**42,18**

* En ambos años, hubo acuerdo reparatorio en 0,13% y 0,2% de las causas respectivamente.
Fuente: Elaboración propia a partir de boletines estadísticos del Ministerio Público.

El elevado número de salidas no judiciales (archivo provisional, principio de oportunidad y decisión de no perseverar) preocupa puesto que evidencia que un volumen no menor de casos no llega a los tribunales de justicia. La finalización de las causas por decisión de no perseverar y por la aplicación del principio de oportunidad es preocupante puesto que esa salida facultativa se aplica en casos en que no hay un interés público comprometido. Su aplicación, por tanto, no correspondería en casos de VIF[13]. Por otro lado, la aplicación de la decisión de no perseverar no requiere del consentimiento de la víctima; es una decisión del fiscal en acuerdo con el imputado.

Por su parte, a los tribunales de familia ingresaron 463.877 casos durante 2010, de los cuales 84.039 (18,12%) corresponden a situaciones de violencia intrafamiliar[14]. Lamentablemente, se agrupan en esta denominación tanto las sentencias como la suspensión condicional de la dictación de sentencia. En su Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2010, la Universidad Diego Portales señaló que "[…] estos datos no reflejan lo que sucede en la práctica. La Corporación Administrativa del Poder Judicial no cuenta con una categoría que registre como forma de término la suspensión condicional de la dictación de sentencia, por lo que no es posible determinar la cantidad de sentencias definitivas que efectivamente se han dictado"[15].

En el ámbito de la justicia de familia, la suspensión condicional de la dictación de sentencia supone que el agresor reconoce los hechos de violencia que se le imputan y se compromete a no repetirlos, para lo que requiere el acuerdo de la mujer agredida. Aun cuando organismos internacionales y las organizaciones de derechos humanos de las mujeres han sostenido que no procede en estos casos buscar dichos acuerdos puesto que las mujeres agredidas se encontrarían en una posición de vulnerabilidad para negociar, muchos jueces y juezas insisten en ello reforzando a veces patrones de discriminación que son en definitiva los que están en la

12 Ministerio Público (2011). Boletín Estadístico 1er Semestre 2011 (enero-junio). Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas. La ausencia de un registro unificado no permite establecer relaciones entre las denuncias receptadas por Carabineros y los casos que efectivamente se judicializan.

13 Esto lo ha hecho ver el Fiscal Nacional en el Instructivo 111/2010, "Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia intrafamiliar".

14 Corporación Administrativa del Poder Judicial. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/PDF/Prensa_Com/CuentaPublica/discurso2011/3.2.pdf

15 UDP. Informe Anual sobre Derechos Humanos 2010. UDP, Santiago, p. 198.

base de la violencia que contra ellas se ejerce. El reconocimiento del hecho o el arrepentimiento del agresor por sí solo, en este tipo de casos, no es suficiente para detener la violencia, la que incluso puede verse activada, poniendo en peligro la integridad física y síquica de esas mujeres[16].

Los esfuerzos por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público se han concentrado en otorgar medidas cautelares que protejan la vida e integridad de las mujeres que acuden a denunciar hechos de violencia con la mayor celeridad. En el caso de los Tribunales de Familia, la Corte Suprema emitió el Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los Cuatro Tribunales de Familia de Santiago (Acta N° 135-2010), que establece salas especializadas con la competencia de conocer las medidas de carácter urgente en materia de protección, violencia intrafamiliar e infraccional; y audiencias preparatorias, de juicio y revisión de medidas respecto de estas materias, entre otras facultades[17]. Esta resolución se da como continuidad a la adoptada en 2009 (Acta 98-2009) orientada a la regularización de la justicia de familia. En la Cuenta Pública del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Suprema Milton Juica señaló que "en el año 2010 los tribunales de esa jurisdicción funcionaron en gran parte del territorio nacional con una programación de audiencias en tiempos razonables; hubo una mejor calidad de sus procesos administrativos y una más acertada respuesta en casos complejos, en especial de aquellos en que se cautelan intereses de niños, niñas y adolescentes"[18]. Lo anterior constituye un avance desde una perspectiva proteccional pero no existe claridad respecto a la aplicación del modelo descrito en otras regiones del país.

Por su parte, el Ministerio Público continuó implementando en 2011 el proyecto Orientación, Protección y Apoyo (OPA), cuya finalidad es otorgar a las víctimas y los testigos atención y protección oportunas, además de orientación e información acerca de sus causas. En materia de violencia intrafamiliar, el proyecto consigna la obligación de contactar a la víctima dentro de las 24 horas siguientes a su denuncia con el fin de evaluar el riesgo en que se encuentra, y dentro de un plazo no mayor de 48 horas adoptar las medidas de protección adecuadas para los casos de riego vital, alto o medio. Durante el año 2010 ingresaron más de 49 mil víctimas, de las cuales el 75,7% se contactó para la aplicación de una pauta de evaluación de riesgo; de estas, 61% accedió a medidas cautelares[19]. El Fiscal Nacional en su cuenta pública de ese año menciona la constitución de mesas técnicas de trabajo en violencia intrafamiliar con el Centro de Medidas Cautelares de Santiago, "para mejorar los procesos de derivación de casos a las fiscalías de la Región Metropolitana, por el delito de maltrato habitual"[20].

Desde el Gobierno se ha promovido el uso de brazaletes con GPS para los hombres que ejercen violencia y el SERNAM ha comenzado a desarrollar un programa piloto para hombres agresores, al cual asignará mayores fondos el próximo año. Sin embargo, la respuesta a las necesidades de prevención, protección y justicia para las mujeres arrastra falencias que requieren de un esfuerzo concertado y sostenido del sistema de justicia y la institucionalidad pública que demanda, entre otras medidas, desarrollo de medidas de prevención que incluyan campañas permanentes y con enfoque de derechos que modifiquen los patrones culturales sobre los cuales se asienta la violencia contra las mujeres, evaluación de las políticas implementadas y construcción de

16 Sobre el particular, la CIDH a señalado que: "Entre otras deficiencias y peligros, la CIDH ha expresado su preocupación ante el hecho de que una diversidad de órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar. Es de reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos. Un gran número de expertas y organismos internacionales han identificado los peligros del uso de la conciliación como método para resolver casos de violencia, sobre todo la violencia doméstica. Han manifestado que al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. En varios países ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad en las relaciones de poder entre la víctima y el agresor. Los acuerdos generalmente no son cumplidos por el agresor y éstos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí". CIDH (2007), op. cit., párrafo 161.

17 Corte Suprema. Acta Nº 135-2010, publicada el 14 de septiembre 2010 en el Diario Oficial.

18 Disponible en: www.poderjudicial.cl

19 Ministerio Público. Cuenta Pública presentada por el Fiscal Nacional Sabas Chahuán, entregada el 20 de abril de 2011. Disponible en: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/discursos.do

20 Ibídem.

experticia en el ámbito de la justicia, entre otras[21]. Una parte fundamental de una política integral en esta materia debe ser la generación de información completa y actualizada. Actualmente, no existe información –ni en sede penal ni en Juzgados de Familia– respecto al cumplimiento o incumplimiento de las medidas cautelares o de las condiciones de las suspensiones, lo que dificulta el diseño adecuado de política y la necesaria evaluación de las mismas.

Aun cuando las disposiciones recién mencionadas dan cuenta de la preocupación por mejorar la protección de la vida e integridad de las mujeres que viven violencia por parte de sus parejas o ex parejas, el alto número de femicidios en el país –del año 2001 a la fecha se han producido, de acuerdo a cifras de organizaciones de derechos humanos de las mujeres, más de 500 asesinatos de mujeres por razones de género[22]– y la constatación que en varios casos las víctimas contaban con medidas de protección, como lo ha señalado permanentemente la prensa, da cuenta de la insuficiencia de la respuesta frente a la magnitud y complejidad del fenómeno.

El SERNAM registra 28 femicidios entre enero y octubre de 2011[23]. Once de las mujeres asesinadas habían denunciado al agresor ante los organismos competentes y seis de ellas contaban con medidas cautelares[24]. La adopción, en diciembre de 2010 de la Ley Nº 20.480 que establece el delito de femicidio en el contexto del parricidio constituye un avance en esta materia. En efecto, la sola incorporación del término femicidio a la ley es un reconocimiento de la gravedad a la que puede llevar este tipo de violencia, y aun cuando no se traduzca en penas más altas, permite un tratamiento diferenciado, tanto a nivel estadístico como en relación al desarrollo de mecanismos más adecuados de prevención.

21 En noviembre de 2010, SERNAM impulsó la campaña "Maricón es el hombre que golpea a una mujer". El eslogan resultó ser muy mediático por la polémica que desató, lo que de alguna manera contribuye al debate público y al rechazo a la violencia contra las mujeres. Sin embargo, el lema se construye sobre una acepción peyorativa respecto de la población homosexual, y no sobre la promoción y el respeto de la dignidad y los derechos de las personas.

22 Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual. Datos que arroja el seguimiento anual de la prensa en el país a partir del año 2001. Disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl

23 Disponible en: www.sernam.cl

24 Disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl

Sin perjuicio de lo anterior, al igual que en la ley sobre violencia intrafamiliar, la legislación reconoce y sanciona la violencia contra las mujeres como tal, sólo en el contexto de las relaciones familiares, dejando por fuera las agresiones y asesinatos por razones de género que se comenten en el marco de otras relaciones afectivas –como el pololeo–, o los casos en que la víctima es atacada sexualmente por conocidos (vecino, por ejemplo) o desconocidos y luego asesinada. Incluyendo estas situaciones, la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual registra 34 femicidios para el período enero-octubre de 2011.

Desde la entrada en vigencia de la ley, el Ministerio Público ha incluido en sus boletines informativos las causas ingresadas y terminadas por femicidio y el número de víctimas. Se trata de un instrumento que si bien en la actualidad no permite aún dimensionar el problema, sin duda será fundamental para diseñar el tipo de intervención que se requiere para prevenir la ocurrencia de más muertes.

La inclusión del delito de femicidio en la legislación penal fue, durante el año, una importante señal del Estado a favor de la protección de las mujeres frente a la violencia de la que son objeto en la sociedad chilena. A pesar de este avance aun así persisten criterios o prejuicios culturales que inciden en el actuar de los operadores y las operadoras de justicia.

El INDH en su Informe 2010 recomendó al Estado redoblar los esfuerzos para erradicar la violencia contra las mujeres a través de, entre otras medidas, la capacitación a funcionarios/as públicos competentes en la materia fundamentalmente del Poder Judicial y del Ministerio Público. El Instituto pudo recabar información sobre nueve acciones de capacitación en temas de violencia y género, en las que participaron 126 funcionarios/as públicos de cinco ministerios, con una inversión de un poco más de tres millones y medio de pesos[25]. El esfuerzo es evidentemente insuficiente.

25 La información recabada por la Unidad de Educación del INDH da cuenta de eventos de capacitación en los Ministerios de Educación (1), Justicia (4); Salud (2); Transportes y Telecomunicaciones (1) y Vivienda (1).

2. VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONTEXTO DE LAS VIOLACIONES MASIVAS Y SISTEMÁTICAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN DICTADURA

En Chile, la violencia sexual contra mujeres víctimas de prisión política y tortura en el contexto de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos constituyó una de las agresiones más abyectas de violencia ejercida contra la dignidad de las personas, y respecto de la cual han sido escasas las iniciativas judiciales tendientes a esclarecer los hechos y garantizar el acceso a la justicia de las sobrevivientes. La violencia sexual ha sido una práctica recurrente y sistemática en las guerras, las situaciones de conflicto armado y en contextos de regímenes violadores de los derechos humanos. La Relatora especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, ha señalado que "el blanco de la violencia sexual contra las mujeres es lo que se percibe como el honor del enemigo. La agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario. La violencia sexual contra la mujer tiene por objeto enrostrar la victoria a los hombres del otro bando, que no han sabido proteger a sus mujeres. Es un mensaje de castración y mutilación del enemigo. Es una batalla entre hombres que se libra en los cuerpos de las mujeres"[26].

La Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura[27], consciente de la magnitud del daño infligido y de lo grave de la violencia sexual ejercida contra mujeres presas políticas, dedicó un apartado de su informe a dar cuenta de esta práctica aberrante que afectó a miles de niñas y mujeres cautivas por agentes del Estado. En cuanto crimen de tortura, la violencia sexual envuelve una dimensión y un contenido lesivo que trasciende la indemnidad personal, puesto que adicionalmente persigue un tipo de humillación específico[28]. La Corte IDH recuerda a este respecto que "durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección"[29].

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer ha señalado a su vez que "el elemento más particularizado en la violencia contra las mujeres bajo custodia es la sexualización de la tortura. Aunque los aspectos físicos de la tortura tienen en cuenta la anatomía sexual de los hombres y de las mujeres, la violación y la amenaza de violación, y otras formas de violencia sexual, el acoso sexual, la concepción forzada, la prueba de virginidad, el aborto forzado, la prostitución forzada y el aborto provocado se utilizan más especialmente contra las mujeres detenidas"[30].

Si bien la Comisión Valech consultó y registró estas situaciones catalogándolas genéricamente de torturas y específicamente de agresiones y violencias sexuales, evitó por razones de confidencialidad vincularlas directamente con las personas que las sufrieron. Los antecedentes fueron entregados por las sobrevivientes en sus relatos, y luego ligados a otros datos –por ejemplo, lugares de detención–, lo que permitió concluir que esta fue una conducta de violencia recurrente[31]. Aun cuando los secuestros y privaciones ilegítimas de libertad se dieron con motivo de la actividad, la pertenencia o militancia política de las víctimas, y no por su condición sexual, la violencia desatada sobre ellas "utiliza su condición sexual, agravando el impacto sobre su integridad moral y psicológica"[32]. La Comisión recibió el testimonio de 3.399 mujeres, el 12,5% del total de víctimas calificadas, a los que

26 Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy. Comisión de Derechos Humanos, 54º período de sesiones. Documento E/CN.4/1998/54, 26 de enero de 1998.

27 Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, noviembre 2004, págs. 251-257.

28 Ibídem. "La tortura, en todos los casos, destruye la confianza en los otros seres humanos, pero en el caso de la tortura sexual bajo estas circunstancias, incide sobre las relaciones afectivas más íntimas y cercanas tanto de la propia sexualidad como de la maternidad" (pág. 252).

29 Ibídem, párrafo 224.

30 Coomaraswamy, Radhika. Informe presentado de conformidad con la resolución 1997/44 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 26 de enero de 1998. E/CN.4/1998/54, párrafo 130.

31 Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, op. cit., pág. 242.

32 Ibídem, pág. 252.

se agregan 1.580 nuevos testimonios de mujeres reconocidas por la Comisión en agosto de 2011[33]. La casi totalidad de ellas refiere haber sido objeto de vejámenes sexuales, incluidos actos de violación a niñas y mujeres embarazadas[34].

Son pocas las querellas interpuestas por el delito de torturas que relatan los apremios y vejámenes padecidos por las mujeres privadas ilegítimamente de libertad –en los centros de la Academia de Guerra Aérea, Villa Grimaldi, Tejas Verdes y José Domingo Cañas, entre otros–, puesto que la violencia sexual contra las mujeres no se consideró como crimen de tortura. Entre diciembre de 2010 y febrero de 2011, la Corporación Humanas patrocinó las primeras querellas por aplicación de torturas a través de tormentos de connotación sexual contribuyendo al esfuerzo por visibilizar la ocurrencia de este flagelo, e interpelando a los tribunales de justicia para que investiguen esta forma cruel de apremios[35].

En efecto, y después de un largo desarrollo la violencia sexual ha sido reconocida internacionalmente en todas sus formas como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra[36], cuestión que contribuyó a su reconocimiento en el seno de la Comisión Valech.

3. ACCESO A LA JUSTICIA DE MUJERES INDÍGENAS

Una aproximación al derecho de las mujeres indígenas de acceder a la justicia tiene como desafío integrar al menos dos dimensiones. La primera se refiere a considerar que en tanto mujeres que además pertenecen a una etnia están expuestas a situaciones particulares de discriminación. La Comisión IDH ha constatado los obstáculos que ellas enfrentan en razón de la discriminación por etnia y pobreza que prevalece en los países de la región: "la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes, debido a que están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Asimismo, ha constatado que los obstáculos que enfrentan para acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos que remedien las violaciones sufridas, pueden ser particularmente críticos porque sufren de varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socioeconómica"[37].

La segunda dimensión a integrar se refiere a que el ejercicio del derecho se debe inscribir en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. A tal efecto, el Convenio 169 de la OIT establece que "las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia" (art. 9, inciso 2) y que cuando se impongan sanciones a integrantes de estos pueblos "deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales", y "deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento" (art. 10, incisos primero y segundo).

La ratificación de este Convenio, vigente desde el 2009, es un avance sustantivo en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos originarios y de superación de la discriminación y la exclusión en razón de la etnia. En el ámbito de la justicia, recientemente los tribunales han comenzado a tomar en cuenta la condición étnica de las personas procesadas y han establecido medidas acordes a las disposiciones del Convenio[38]. Sin embargo, en otras ocasiones, los/as administradores de justicia han omitido la condición étnica de las personas y las costumbres de

33 Informe de la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, agosto de 2011, pág. 41.

34 Informe Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, op. cit.

35 Causas Rol 629-2011; 796-2011; 837-2011; 836-2011 y 838-2011. "Para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por el Comité contra la Tortura de la ONU (CAT), así como lo manifestado por los distintos órganos de derechos humanos en relación a la violencia sexual, Corporación Humanas ha venido realizando desde hace años un trabajo de visibilización de esta problemática que hoy cristaliza en la judicialización de los casos de mujeres que sufrieron violencia sexual como tortura". Abogada Paulina Maturana Corporación Humanas.

36 Estatuto de la Corte Penal Internacional: la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable son crímenes de lesa humanidad (art. 7) y crímenes de guerra (art. 8). Documento A/CONF.183/9, adoptado el 17 de julio de 1998.

37 Comisión IDH, op. cit.

38 En la causa Rol n° 711-2011, la Corte de Apelaciones de Temuco invocó el artículo 10 N°1 del Convenio N° 169 de la OIT y aplicó lo dispuesto por la Ley Nº 18.216 –que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad– en especial lo previsto respecto de la condición socioeconómica de la persona condenada. A tal efecto, acogió la petición de la defensa y modificó la forma de cumplimiento de la reclusión nocturna a un imputado mapuche, considerando la distancia desde su domicilio al centro de cumplimiento y la escasez de recursos económicos.

los pueblos indígenas, con lo cual reiteran en la actuación judicial la discriminación histórica que los afecta. En este contexto, los obstáculos que las mujeres enfrentan en la justicia, se potencian; se trenzan en este acto la discriminación de género y la de etnia junto con aquella que resulta de la pobreza.

Un caso paradigmático en este sentido es el de Gabriela Blas, el cual refleja cómo el sistema de justicia en este caso es el último eslabón en la relación de la acusada con el Estado que refuerza la exclusión social y la discriminación, constatado antes en otros ámbitos institucionales. La vida de Gabriela Blas encarna el significado de la desprotección: pobreza y marginación, vulneración persistente de derechos y violencia. Ella es la menor de seis hermanos de una familia aymara de muy escasos recursos económicos; estuvo a cargo de una hermana hasta los nueve años, fue explotada y obligada a trabajar desde temprana edad; con varias interrupciones pudo cursar hasta 6to básico. Su primer hijo es producto de una violación y la segunda de incesto; el niño está a cargo de un hermano y la niña fue entregada a una institución para ser adoptada internacionalmente; el tercer hijo nació de una relación afectiva, pero el padre no asume su responsabilidad sobre la crianza del niño.

Gabriela fue acusada de abandono con resultado de muerte de su hijo de tres años, y condenada a 12 años de presidio mayor en su grado medio, que ella actualmente cumple en la cárcel Acha de alta seguridad, en Arica. En julio de 2007, la joven trabajaba en el pastoreo de llamas en el altiplano cerca del volcán Tacora en el límite con Perú. Su pago era de tres mil pesos diarios. De acuerdo a la defensa y a su propio testimonio, una tarde, volviendo con los animales, se le quedaron dos atrás. La defensa explicó que, siguiendo las costumbres de pastoreo de su pueblo, no vio riesgo en dejar un tiempo solo al niño sobre el aguayo mientras buscaba a las llamas. Cuando regresó, el niño ya no estaba. Al día siguiente, Gabriela bajó al poblado de Coronel Alcérreca a poner la denuncia ante Carabineros. El cuerpo del niño fue encontrado el 2 de diciembre de 2008 en el sector de Palcopampa, a 12 km de distancia de donde se perdió.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica condenó a Gabriela, en abril de 2010, a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio por el abandono del menor con resultado de muerte. La defensa interpuso un recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica. En el nuevo juicio, en octubre de ese año, Gabriela resultó condenada a 12 años. Uno de los problemas aquí presentes dice relación con la prohibición de que su segunda sentencia pudiese ser revisada por un tribunal superior. En este sentido, el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal establece –como regla general– que la sentencia dictada producto de la nulidad de una anterior no puede ser revisada nuevamente mediante ese recurso[39], bajo el fundamento de otorgar certeza jurídica a los procedimientos. Si bien la certeza jurídica a las partes es necesaria para evitar la revisión indefinida de una sentencia, el artículo en cuestión puede crear situaciones contrarias al debido proceso. Si no es posible alegar la nulidad de la segunda sentencia, entonces no existe un control que observe el cumplimiento de las garantías del debido proceso por parte del Ministerio Público o el Tribunal Oral en lo Penal, por lo que se podría actuar deliberadamente en contra de estas garantías sin posibilidad de que se declaren nulas.

En este sentido, en el segundo juicio a Gabriela Blas en el que el Tribunal Oral en lo Penal de Arica aumentó la pena de diez a doce años, no hubo posibilidad de recurrir de nulidad, toda vez que la legislación no lo permite, creando un estado de indefensión ante posibles violaciones al debido proceso que todo procedimiento debe garantizar[40] y contraviniendo en esta materia los estándares internacionales en materia de derecho a contar con un recurso que pueda revisar los hechos y el derecho.

39 Señala el inciso del artículo 387 del CPP: "Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales".

40 Este mismo problema fue analizado por el Tribunal Constitucional, el que si bien mayoritariamente declaró la constitucionalidad del precepto, contó con votos disidentes de tres ministros, quienes establecieron que se está frente a una "disposición que priva de todo recurso al agraviado respecto de la sentencia dictada en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad; de suerte que ella aparece como esencial para establecer si esa parte tiene o no derecho a impugnar el mencionado fallo, cuestión que es decisiva para resolver la materia a que alude". Tribunal Constitucional, rol 986-07, 3º de enero de 2008, voto disidente del Ministro Vodanovic y de los entonces Ministros Fernández y Correa, considerando cuarto.

La revisión del caso muestra posibles vulneraciones al debido proceso, consideraciones discriminatorias sobre la base del sexo, y vulneración de los principios aplicables del Convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT. Entre otros, el proceso muestra que Gabriela Blas fue interrogada por Carabineros sin la presencia de traductor ni de abogado, y sometida a test psicológicos periciales que no dan garantías de haber considerado adecuadamente sus características socioculturales. Todo ello configura una vulneración de las garantías judiciales que establece la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 a. y b.).

Adicionalmente, desde que fue acusada, Gabriela estuvo tres años en prisión preventiva, lo que resulta desproporcionado en relación con los fines de esta medida cautelar que es una excepción al principio de presunción de inocencia, tal como se consigna en la norma penal (art. 4 del Código Procesal Penal) y en los estándares que deben cumplir las garantías judiciales en los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 8 párrafo 2. de la Convención Americana). No es claro, de la información que arroja el proceso, cómo Gabriela puede representar un peligro para la sociedad, argumento que explica la prisión preventiva.

Respecto de la discriminación por sexo, cabe notar que el abandono de menores es un delito cuya persecución se aplica preferentemente a las mujeres, porque son mayoritariamente las que asumen el cuidado de los hijos e hijas. Por tanto, es un delito cuya aplicación y persecución se inscribe en el actual orden de género, es decir, aquel que impone a las madres de manera preferente el cuidado de los hijos. Castelletti afirma que "el delito de abandono de menores es, por un lado, un delito en cuya descripción se manifiesta el orden esperado para una ´buena mujer chilena´, es decir, conforme a ciertos patrones culturales que la ubican como principal responsable del cuidado de los hijos y, por otro lado, en su aplicación y persecución se observa que los operadores tienden a criminalizarlas de manera preferente, por considerar que esa obligación les corresponde por el sólo hecho de ser mujeres"[41].

En el caso de Gabriela, el funcionario persecutor señaló en la acusación y alegato de apertura ante el tribunal oral en lo penal de Arica, que la acusada no cumplió con su deber de garante y colocó a su hijo en una situación de desamparo al dejarlo en un lugar solitario, y que no se trató de un accidente sino de un hecho doloso. El extravío del niño se convirtió en abandono para los jueces: "[…] estos sentenciadores pueden dar por acreditada una conducta anómala para una madre, independiente de su origen étnico, puesto que los propios peritos de la defensa, el Sr. Alejandro Supanta Cayo y la Sra. Inés Flores Huanca al referirse a las diversas conductas que dentro de la comunidad son aceptables, en nada difiere en este punto con cualquier otra cultura, esto es, el cuidado que una madre debe brindar a sus hijos, y si bien es posible aceptar que la forma en que ancestralmente la comunidad se ha dedicado al pastoreo, permiten sostener que es algo cotidiano que los niños desde pequeños son enseñados en las labores de pastoreo, es la conducta errática de la acusada asumida desde el momento que se acerca a realizar su denuncia, la que no es congruente con su conducta posterior, especialmente la de cambiar lugares, involucrar a otras personas, designar evidencias que sabía falsas, incluso aceptar dar muerte a su hijo. Esta conducta a juicio de estos sentenciadores permite restarle toda verosimilitud a su versión de extravío"[42]. En términos similares se pronunciaron los jueces en la segunda sentencia, en octubre de 2010.

41 Castelletti, Claudia. ¿Las mujeres somos las únicas responsables del cuidado de los hijos? La persecución del delito de abandono de menores en Chile. Comentario crítico a la sentencia del TOP de Arica en causa RUC 0710014873-5. Defensoría Penal Pública, Departamentos de Estudios, Minuta Nº 2/2011/Mayo. La autora ejemplifica esta aseveración del siguiente modo: "En materia civil la invisibilidad de la mujer es clásico el ejemplo del Art. 44 del Código Civil chileno que para definir los grados de culpa, usa expresiones como "falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", "buen padre de familia", u "hombre juicioso", pensados en que es el hombre el que se relaciona en el mundo de los negocios y lo público, en el tradicional ideario del paterfamilias romano". Por otro lado, la subordinación de la mujer en materia civil, se manifiesta, por ejemplo, en lo dispuesto en el Art. 1749, que señala que "el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer".

42 RUC 0710014873-5 y RIT 221-2009, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Considerando noveno de la sentencia del 15 de abril de 2010.

En relación con la dimensión étnica, en la segunda sentencia se señala que la aplicación del Convenio 169 exige la valoración integral de las costumbres étnicas, sociales y culturales. En virtud de ello, los peritos y peritas en el juicio dieron cuenta de la costumbre aymara de pastorear con los niños, "los cuales en algunas oportunidades pueden quedar solos, pero siempre bajo la mirada de quien pastorea […] Así las cosas, no podemos decir que el dejar a los niños en un lugar solitario sea una conducta inveterada ni que cuando ella se configuró la acusada tuviera la convicción de estar actuando por obligación, cayendo de esta forma la hipótesis defensiva, así las cosas el juicio llevado a cabo en contra de la acusada, no tiene comprometida la costumbre aimara, en la medida que no es propia de ella dejar abandonados a menores"[43].

Por su parte, la pena aplicada resulta desproporcionada. La atenuante de irreprochable conducta anterior, si bien fue reconocida, no fue considerada como una atenuante calificada, es decir, no redundó en una rebaja sustantiva de la pena: "Finalmente, en cuanto a la calificación solicitada, cabe señalar que respecto de la atenuante reconocida no es posible su calificación en atención a los antecedentes acompañados durante el juicio, está claro que la vida de la acusada fue difícil, con falta de oportunidades, pobreza y hasta una violación, pero de ello deducir que se está frente a una persona con una conducta digna de calificar, ello requiere acreditar por lo menos alguna circunstancia excepcional, que la distinga de las otras mujeres aimaras; de ayuda, rectitud, colaboración o algún otro adjetivo, el que revisando sus antecedentes no brota, así las cosas estos magistrados no pueden otorgar la calificación solicitada".

La alta condena recibida por Gabriela también sirvió como elemento para desechar la aplicación de la Ley N° 18.216 sobre medidas alternativas a la pena, toda vez que su Reglamento no permite que Gabriela acceda a ninguna de las medidas alternativas (libertad vigilada, reclusión nocturna o remisión condicional de la pena) ya que están destinadas para penas menores a 5 años.

43 RUC 0710014873-5 y RIT 221-2009, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica. Considerando decimo cuarto de la sentencia del 11 de octubre de 2010.

Derechos Económicos, **Sociales y Culturales**

1. Derecho al Trabajo y Derechos Laborales
2. Derecho a la Salud
3. Derecho a un Medio Ambiente Libre de Contaminación

1

INTRODUCCIÓN

La gran movilización estudiantil en pos de una educación de calidad, la demanda de reconstrucción habitacional planteada por quienes habitan las zonas más afectadas por el terremoto de febrero de 2010, el accidente laboral de los 33 mineros en la Región de Atacama, los movimientos ciudadanos en desaprobación de proyectos termoeléctricos por afectar el medio ambiente o la molestia de las personas afiliadas a Isapres frente al alza unilateral de sus planes de salud, son diversas expresiones de la necesidad de que el Estado avance en la garantía, respeto y protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Por DESC hacemos referencia a "derechos humanos relacionados con el lugar de trabajo, la seguridad social, la vida en familia, la participación en la vida cultural y el acceso a la vivienda, la alimentación, el agua, la atención en salud y la educación"[1]. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ampliado este listado, por ejemplo, para incorporar el derecho a medio ambiente sano, reconocido en el artículo 11 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Todos estos son "derechos humanos que nacen de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona humana. [P]or tanto, son derechos directamente relacionados con la protección de necesidades y capacidades que garantizan una calidad de vida"[2].

En el sistema universal de derechos humanos de Naciones Unidas, los DESC están reconocidos, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a nivel regional, forman parte de la Declaración y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del Protocolo de San Salvador, el que aún está pendiente de ratificación por parte del Estado chileno.

En esta materia se ha establecido que garantizar los DESC por parte de los Estados involucra cuatro aspectos[3]: acceso, adaptabilidad, calidad y disponibilidad. Si bien estas condiciones adquieren particularidades al ser aplicadas a cada derecho específico, podría decirse que, en términos generales, por *acceso* se entiende tanto una dimensión física (por ejemplo, la distancia geográfica a una escuela u hospital) como que las personas accedan eficazmente a la información necesaria para la toma de decisiones. En cuanto a *disponibilidad*, el Estado debe contar con servicios especializados para satisfacer el ejercicio de los derechos. Por su parte, la *aceptabilidad* implica por parte de los servicios un trato culturalmente apropiado, sensible a los requisitos

1 Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, N° 33, pág. 3.

2 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano, 2008, pág. 23.

3 Al respecto ver las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en especial las referidas a educación, salud y trabajo, donde se hace mención a estas cuatro categorías.

del género y respetuoso de la confidencialidad. Finalmente, la *calidad* consiste en un servicio apropiado, con personal calificado, infraestructura adecuada, etc[4].

Si bien la Constitución Política de la República (CPR) establece un catálogo de derechos en su artículo 19, este es débil en materia de DESC. En primer lugar, no reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales, ya que no menciona el derecho a la vivienda, a la alimentación, al agua o a la cultura, entre otros. En segundo lugar, no les otorga protección judicial a todos los derechos que reconoce, ya que el recurso de protección –acción constitucional cuyo objeto es restablecer el imperio del derecho– excluye de su protección a los DESC.

No obstante lo anterior, la Constitución reconoce como límite al ejercicio de la soberanía los "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"[5] contenidos en los tratados internacionales sobre la materia ratificados y vigentes en el país. En este sentido, los tratados internacionales antes mencionados garantizan un catálogo de DESC más amplio que la Constitución, por lo que las personas pueden valerse de estos instrumentos internacionales para exigir al Estado su debido cumplimiento.

Los DESC, como todo derecho fundamental, son universales, interdependientes e indivisibles. Su universalidad está dada por el hecho que "todas las personas, solo por serlo, son sus titulares. La posición social, raza, etnia, sexo u orientación sexual, opinión política u otras características no alteran la condición de personas y, por tanto, su titularidad sobre los derechos humanos".[6] Asimismo, la indivisibilidad e integralidad implican que deben "interpretarse como un todo que no admite jerarquías ni miradas parceladas"[7]. En este sentido, los Principios de Limburgo[8] agregan que "teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales"[9].

La obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar los DESC requiere el desarrollo de distintos tipos de medidas. Algunas se cristalizan en el desarrollo de normas, otras en la creación de instituciones de control, otras en la ejecución de planes y políticas sociales específicas. Generalmente, aunque no exclusivamente, se requiere un gasto presupuestario al momento de diseñar e implementar las políticas públicas e instituciones necesarias para garantizar su ejercicio. En este sentido, la garantía de los derechos civiles y políticos, como la de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre implica la movilización de recursos estatales.

Esto dice relación con el desarrollo progresivo como característica especial de los DESC. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señala que "cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...], hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados[,] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Por su parte, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al igual que el Protocolo de San Salvador, señala que los Estados Parte se comprometen a lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

Esta disposición "obliga a todos los Estados Parte, independientemente del nivel de desarrollo económico, a avanzar tan rápidamente como sea posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales"[10]. La progresividad "no significa ni implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto. Este tipo de aplazamiento sería incompatible con el derecho internacional"[11].

4 Sobre estas características ver Felner, Eitan, ¿Una nueva frontera para la defensa de los derechos económicos y sociales? Convirtiendo los datos cuantitativos en una herramienta para la rendición de cuentas en derechos humanos, Revista Sur, año 5, N° 9, págs. 116 a 166.
5 Constitución Política de la República, artículo 5, inciso segundo.
6 INDH, Informe Anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile, pág. 24.
7 Ibídem, pág. 25.
8 Estos principios fueron elaborados por un Comité de expertos convocado por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo y el Instituto Urban Morgan, entre el 2 al 6 de junio de 1986.
9 Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio tercero.
10 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos, N° 12, pág. 11.
11 Ibídem, pág. 12.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha señalado, por su parte, que "el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo"[12] y, por lo mismo, "es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata"[13]. Como se aprecia, la progresividad implica obligaciones inmediatas para el Estado, donde debe demostrar los avances en el cumplimiento de esta obligación.

La progresividad implica además que el Estado no puede adoptar medidas que impliquen un retroceso en el ejercicio y goce de un derecho (principio de no regresividad). "Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga"[14]. La no regresividad es parte del deber de respeto de los derechos por el Estado, por lo que las medidas que impliquen un retroceso en su goce deberán aplicarse excepcionalmente, y el Estado deberá fundamentar el por qué de su adopción, a pesar del efecto regresivo.

Finalmente, los DESC son también justiciables, lo que implica el derecho de toda persona de solicitar a los tribunales de justicia que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de DESC. El CDESC ha señalado que "la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos [DESC y DCP] son indivisibles e interdependientes"[15]. En este mismo sentido el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que poner en duda la exigibilidad de los DESC es una idea confusa que desactiva a la Constitución, convirtiendo su contenido en un enunciado meramente formal[16]. Por lo mismo, autores como Courtis y Abramovich han señalado que no se garantiza plenamente un derecho económico, social y cultural " hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento"[17].

Por lo mismo, es deber del Estado proveer de recursos tanto judiciales como de otra naturaleza, que permitan eficazmente el ejercicio sin discriminación de los derechos. Por lo mismo, "el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados"[18], pero que deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces[19].

Esto es de vital importancia, por ejemplo, en el caso chileno, donde el artículo 20 de la Constitución exime de protección a los DESC, por lo que su protección ha quedado en manos de diversos organismos del Estado a través de procedimientos administrativos. Al respecto, el INDH ya ha planteado en su Informe 2010 que esta situación afecta la exigibilidad por no contar con un enfoque de derechos, sino que de servicios prestados por el Estado sin consideración de los estándares internacionales en la materia[20].

Como se aprecia, el cumplimiento de los DESC requiere un proceso de cambio tanto de la legislación como de políticas públicas de manera que el Estado sea capaz de responder a las nuevas demandas de la sociedad por un mayor respeto a sus derechos fundamentales, dejando de lado la concepción de los DESC como enunciados programáticos, sino comprendiendo que estos constituyen derechos justiciables, de aplicación inmediata y, por tanto, exigibles al Estado.

Para el INDH, en su calidad de institución que tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas, el estudio y evaluación de cumplimiento de los DESC es de vital importancia ya que requiere de

12 Comité DESC, Observación General N° 3 sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párrafo 9.

13 Comité DESC, Observación General N° 9 sobre la aplicación interna del Pacto, E/C.12/1998/24, 2 de diciembre de 1998, párrafo 11.

14 Comité DESC, Observación General N° 3, op. cit., párrafo 9.

15 Comité DESC, Observación General N° 9, op. cit., párrafo 10.

16 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 976-08, ver en especial considerando vigesimoséptimo y siguientes.

17 Abramovich, Víctor y Courtis Christian., Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales, La Protección judicial de los derechos sociales, Christian Courtis y Ramiro Ávila Editores, 2009, pág. 10.

18 Comité DESC, Observación General N° 9, op. cit., párrafo 9.

19 Ibídem.

20 INDH, op. cit., pág. 58 y siguientes.

"definiciones concretas y garantías adecuadas que aseguren su ejercicio real y, por otra, de mecanismos eficaces que permitan reclamar su cumplimiento"[21]. Por lo mismo, el INDH estableció como un eje central del presente informe un capítulo sobre estos derechos[22]. Específicamente, se analizan en esta oportunidad cuatro de estos derechos: trabajo y derechos laborales, salud, educación y a un medio ambiente libre de contaminación. La elección de estos cuatro derechos por parte del INDH tomó en consideración las prioridades fijadas por el Consejo del INDH, los temas de contingencia durante el período bajo análisis y las observaciones planteadas por autoridades regionales y de organizaciones de la sociedad civil en las visitas que el INDH realizó en terreno durante el 2011[23].

21 Ibídem, pág. 14.
22 Ya en el 2010, el INDH comprometió el estudio de los DESC en el presente Informe. Ver INDH, op. cit., pág. 17.
23 Para información específica sobre estas jornadas ver el Informe de gestión del INDH que forma parte de este Informe.

1

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS LABORALES





1

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS LABORALES

ANTECEDENTES

Diversos hechos han marcado el debate público durante el 2011 en torno al derecho al trabajo y el ejercicio de los derechos laborales. Entre ellos, la mantención de la brecha salarial entre hombres y mujeres, la aprobación de la Ley N° 20.545 que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso posnatal parental, y la ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de especial interés en un año donde Chile presentó su informe en materia migratoria ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, siendo la situación laboral de las personas trabajadoras domésticas inmigrantes uno de los puntos abordados.

El derecho al trabajo es parte esencial de los derechos humanos y se inscribe dentro de los derechos económicos, sociales y culturales. Su debido respeto y protección tienen consecuencias tanto en la persona, como en su entorno y en la sociedad en que vive generando las condiciones para su independencia, autonomía y desarrollo. Esta independencia y autonomía se encuentran a la base del pleno ejercicio de los derechos humanos y se expresan, en el ámbito del trabajo, en el acceso al mismo, con una remuneración justa, en condiciones adecuadas de seguridad e higiene, y la posibilidad de participar y defender los derechos a través de organizaciones sindicales, entre otras.

En Chile, durante las últimas décadas el sistema de relaciones laborales se ha basado fundamentalmente en el reconocimiento y ejercicio de derechos individuales en desmedro de los aspectos colectivos de la relación laboral principalmente en materia de libertad sindical, negociación colectiva y el derecho a huelga. Ambas dimensiones están íntimamente relacionadas, ya que una legislación robusta en materia colectiva permite la existencia de sindicatos dotados de herramientas que permitan defender a la persona trabajadora. La expresión práctica de esta situación es que tales medidas quedan entregadas a las capacidades de fiscalización del ente administrativo o al litigio judicial, sin considerar el reforzamiento de las organizaciones sindicales y de las herramientas colectivas de actuación como mecanismo efectivo de defensa de los derechos legalmente reconocidos. Como más adelante se constata, los sectores con mayor presencia sindical arrojan mayores niveles de protección de derechos laborales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha señalado que "el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana"[1]. Esta idea también ha sido planteada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al señalar que el trabajo fomenta la dignidad humana "en razón no sólo de los recursos que crean para la comunidad, sino también de los ingresos que proporcionan a los trabajadores, del papel social que les confieren y del sentimiento de satisfacción personal que les infunden"[2]. Por lo mismo, lo que exige el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es el derecho a un trabajo digno, es decir, aquel que "respeta los derechos fundamentales de

1 Comité DESC, Observación General N° 18 sobre el derecho al trabajo, E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005, párrafo 1.
2 Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 168 sobre fomento del empleo y protección del desempleo, preámbulo.

la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración"[3]. En términos similares, el Director General de la OIT definió el trabajo decente como trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son respetados, y cuenta con remuneración adecuada y protección social[4].

Es en virtud de proteger un trabajo digno que la OIT ha sancionado en diversos Convenios una multiplicidad de formas que atentan contra su dignidad y sus garantías[5]. En la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, los Estados Parte de la OIT se comprometieron a respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, un conjunto de materias fundamentales entre las que destacan la libertad de asociación y la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación[6].

El análisis de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular la evaluación del nivel de cumplimiento del derecho al trabajo y los derechos laborales[7], es un eje central del quehacer del INDH como parte de la promoción y defensa de los derechos humanos, y en la medida que se espera de la institución la "realización de investigaciones y de estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica determinados derechos económicos, sociales y culturales"[8]. En este marco, se conformó este año una mesa de trabajo con el objeto de validar el diagnóstico del INDH respecto a la situación de los derechos laborales en el país y establecer formas adecuadas de medir avances y retrocesos en estos derechos. El presente apartado identifica un conjunto de aspectos tanto normativos como prácticos que dificultan el ejercicio de estos derechos.

3 Comité DESC, op. cit., párrafo 7.
4 Memoria Anual 2000 OIT, citado por Ghai, Dharam, Trabajo decente. Concepto e indicadores, Revista Internacional del Trabajo, volumen 122, N° 2, 2003.
5 Ejemplos de lo anterior son los Convenios sobre la igualdad de trato (N°19), trabajo forzoso (N° 29), trabajo nocturno (N° 41), igualdad de remuneración (N° 100) o discriminación (N° 111), entre otros.
6 Organización Internacional del Trabajo, Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, párrafo 2.
7 En este apartado se toma en cuenta tanto el derecho al trabajo, entendido como el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida trabajando (PIDESC, art.6), como los derechos laborales, entendidos como el conjunto de garantías con que debe cumplir un trabajo.
8 Comité DESC, Observación General N° 10, La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/1998/25, 10 de diciembre de 1998, párrafo 3, letra e.

1. ASPECTOS NORMATIVOS

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece entre los artículos 6, 7 y 8 el conjunto de normas relativas al trabajo. El artículo 6 comienza señalando que los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a trabajar, lo que comprende "tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado" (párrafo 1). Por su parte, el artículo 7 establece garantías mínimas para el establecimiento de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Entre estas se encuentran la existencia de un salario equitativo e igual por trabajo, condiciones de existencia dignas y seguridad e higiene. Finalmente, el artículo 8 se refiere a la formación de sindicatos y el derecho a la negociación colectiva. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha establecido que el derecho al trabajo y en el trabajo, al igual que los otros DESC, contiene elementos esenciales e interdependientes como la disponibilidad, la accesibilidad, aceptabilidad y calidad[9].

Es deber de los Estados respetar, proteger y garantizar todos los derechos humanos y por lo mismo estas obligaciones también se aplican a los derechos en materia laboral, en especial para el caso de los grupos vulnerados, quienes suelen ver dificultado el ejercicio de derechos por un conjunto de trabas relacionadas especialmente con situaciones de discriminación. Para diversos organismos internacionales, el ejercicio no discriminatorio de este derecho por parte de grupos vulnerados ha sido motivo de pronunciamientos en materias tales como la discriminación hacia mujeres embarazadas, el acceso al empleo de jóvenes, la prohibición del trabajo infantil o la inserción y reinserción laboral de personas con necesidades especiales, entre otras[10]. Todos estos pronunciamientos deben ser tenidos en cuenta por

9 Comité DESC, Observación General N° 18, op. cit., párrafo 12. Para más información sobre estas ver la introducción (infra) al capítulo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en este mismo Informe.
10 Ver Comité DESC, Observaciones Generales N° 5, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994 y N°18, E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005. También, Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007.

los Estados al momento de regular el derecho al trabajo (y los derechos laborales) o de establecer políticas públicas sobre la materia.

Es posible advertir avances y retrocesos en el país en materia de derecho al trabajo y de derechos laborales. La entrada en vigencia en enero de 2006 de la Ley Nº 20.087 que crea la justicia laboral y, específicamente, el mecanismo de tutela de derechos fundamentales que se aplica respecto de "las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores"[11], constituyen algunos avances. El procedimiento incorpora además figuras no existentes en otros procedimientos al ampliar la legitimidad activa para presentar la acción permitiendo que también sea presentada por el sindicato, aliviar la carga probatoria para quien haya sufrido la discriminación y consagrar la garantía de indemnidad, es decir, que quien presenta la acción no sea objeto de represalias en el ámbito laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales. Estas características explican el aumento de su uso. Mientras que en el 2010 se registraron 1.603 causas por el procedimiento tutelar de derechos fundamentales, solo a junio de 2011 se habían recibido 1.367 causas, lo que muestra un uso del procedimiento proporcionalmente mayor[12].

A pesar de estos avances, persisten aspectos normativos que debilitan el pleno ejercicio de los derechos humanos en esta materia, como veremos a continuación.

La Constitución chilena establece en su artículo 19 Nº 16 "la libertad de trabajo y su elección". Continúa el inciso segundo señalando que "toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución". Junto a lo anterior, prohíbe toda discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal y reconoce el derecho a la negociación colectiva de todos los trabajadores y trabajadoras. Posteriormente, en el artículo 19 Nº 19, reconoce el derecho a sindicalizarse voluntariamente y en la forma que señale la ley.

Así, la Constitución reconoce la libertad de optar a un trabajo, la libertad de contratar, el derecho a la negociación colectiva y a sindicalizarse, pero no se refiere a estos como un derecho al trabajo y a derechos laborales. Esto debilita una lectura robusta del derecho, al no reconocerse expresamente y de manera integral con todas sus garantías. Se suma a lo anterior que no todas las garantías en materia laboral están protegidas por la acción constitucional de protección. El artículo 20 de la Constitución no protege la negociación colectiva –aunque sí la sindicalización–, a pesar de que el mismo texto se refiera a este como un derecho de todos los trabajadores y las trabajadoras.

En cuanto al *principio de no discriminación*, la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la igualdad, estableciendo en primer lugar en el artículo 19 Nº 2, que no existen grupos privilegiados y que no se pueden establecer diferencias arbitrarias. Específicamente en materia laboral, se refiere a la discriminación en el numeral 16 del mismo artículo, al señalar que "se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal". Por su parte, el Código del Trabajo (CT), en su artículo 2 señala que "son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación". El artículo 5 del mismo código señala que "el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores", entre las cuales está la igualdad. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que "los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias"[13].

Uno de los avances en materia de no discriminación se refiere a la protección de trabajadores y trabajadoras domésticas debido a la ratificación de Chile del Convenio 189[14] sobre este tema, en junio de este año, el que en su artículo 10 señala que debe existir una igualdad de trato en relación a las horas de trabajo. A la ratificación le siguió, en julio de este año, la presentación de un proyecto de ley que tiene por fin principal equiparar la jornada de las trabajadoras domésticas a la regulación ordinaria. Específicamente el proyecto señala que

11 Artículo 485, introducido al Código del Trabajo por la Ley Nº 20.087.
12 Corte Suprema, Oficio N°0664, de fecha 16 de septiembre de 2011.

13 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párrafo 88.
14 Ministerio del Trabajo, Chile ratifica convenio OIT que impulsa mejores condiciones para trabajadoras domésticas, 16 de junio de 2011, disponible en www.mintrab.gob.cl

"la duración de la jornada de trabajo de todo trabajador de casa particular estará sujeta, sin excepción alguna, a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 22 y en el artículo 30"[15]. La aprobación de este proyecto es relevante para erradicar la discriminación hacia las personas trabajadoras domésticas, las que en Chile se estima serían alrededor de 300.000. El Código del Trabajo establece un régimen especial para su actividad. En lo que se refiere a su jornada laboral la legislación dispone, a diferencia de la regla general que establece un máximo de 45 horas semanales, hasta 72 horas semanales las que no pueden exceder las 12 horas diarias, incluyendo una hora de descanso. Si la persona vive en la casa en la que presta servicios, el único límite que la ley establece es que debe tener 12 horas de descanso diarias, de las cuales 9 deben ser ininterrumpidas y con derecho a descanso el día domingo. A la luz de los estándares internacionales esto constituye una discriminación, ya que implica una distinción arbitraria donde se establece para ciertas personas trabajadoras –de casa particular– un régimen distinto sin existir un argumento razonable para tal distinción. Esta situación es aún más preocupante si se considera que las personas trabajadoras domésticas en general también sufren discriminación por ser mujeres, por su nivel socioeconómico, y en otros casos también por ser inmigrantes, lo que constituye una discriminación múltiple que las sitúa en una posición más vulnerable aún[16].

Al respecto, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, en septiembre de 2011, recomendó al Estado chileno "garantizar que esas trabajadoras migratorias tengan acceso efectivo a los mecanismos de presentación de denuncias contra sus empleadores y que todos los abusos, incluidos los malos tratos, sean investigados y, cuando proceda, sancionados"[17].

Otro aspecto crítico en materia de no discriminación es la brecha salarial existente entre hombres y mujeres. A mediados de 2011 se informó que, pese a los esfuerzos por igualar la remuneración por igual trabajo –donde se destaca la entrada en vigencia de la Ley N° 20.348 que establece dicha igualdad en junio de 2009–, esta se habría incrementado en un 17%[18]. Según el PNUD "el salario promedio de las mujeres es entre 20% a 30% inferior al salario promedio de los hombres, y es mayor la brecha entre los trabajadores con educación superior"[19]. Esto último es confirmado por una investigación de la Dirección del Trabajo sobre la materia, que constata que las mayores brechas salariales se dan en los puestos de trabajo con educación universitaria completa o con postgrado, donde llegan a un 35,4% y un 37,4% respectivamente[20].

En virtud de los débiles resultados de la Ley N° 20.348, se reconoce que este tipo de discriminación requiere herramientas adicionales, no solo normativas, destinadas a crear una cultura de igualdad de trato entre hombres y mujeres. También se ha criticado a la ley que "se trata de una variante más bien débil respecto de las experiencias internacionales, pues deposita en los mismos trabajadores la iniciativa de denuncia de prácticas discriminatorias"[21]. Esto es complejo, en un contexto en el cual un 66,4% de la sociedad chilena percibe que si se defienden los derechos laborales se puede perder el puesto de trabajo, según la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH[22].

Otro aspecto relevante en materia de no discriminación en el ámbito laboral es el alto porcentaje de trabajadores nacionales que el Código del Trabajo exige se desempeñen en las empresas regidas por el mismo. El artículo 19 obliga a que al menos un 85% de los trabajadores de una empresa integrada por más de 25 trabajadores sean de nacionalidad chilena. Si bien el Código del Trabajo establece algunas excepciones (como el caso en que la persona tenga un conocimiento técnico que no exista en Chile, si su cónyuge o hijo o hija son de nacionalidad chilena o cuando tenga más de cinco años de residencia en el país), estas se refieren a casos puntuales que no constituyen la regla general para los

15 Proyecto de Ley que modifica el régimen de trabajadores de casa particular (Boletín 7807-13), actualmente en primer trámite constitucional.
16 Ver más información al respecto en http://sintracapchile.cl.
17 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, Observaciones Finales: Chile, 2011, CMW/C/CHL/CO/1, párrafo 37.
18 Emol.cl, Cifras de la Superintendencia de Pensiones: La brecha de sueldos entre hombres y mujeres crece y alcanza el 17%, 3 de septiembre de 2011.
19 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Desarrollo Humano en Chile. Género: los desafíos de la igualdad, 2010, pág. 135.
20 Dirección del Trabajo, Temas Laborales. El derecho a ganar lo mismo, diciembre de 2010, N° 27, pág. 10.
21 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, op. cit., pág. 144.
22 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, 2011, disponible en www.indh.cl

migrantes que llegan al país en busca de mejores oportunidades. En este sentido, esta normativa constituye una barrera de entrada al mercado laboral para las personas migrantes que debe ser revisada por los poderes colegisladores[23].

Un último aspecto relevante en materia laboral es la reforma al régimen posnatal que se llevó a cabo durante el 2011. La protección de la maternidad en Chile forma parte de la legislación laboral desde sus orígenes, a principios del siglo pasado. Las primeras normas se centraron en la existencia de salas cuna, la prohibición del trabajo de las mujeres embarazadas cuarenta días antes del parto y 20 días después del mismo debiendo el empleador conservarle su puesto, y el pago del subsidio durante el descanso prenatal. Desde entonces, la modificación de la normativa ha tenido el sello de progresividad, es decir, se ha dirigido a ampliar el rango de protección a las mujeres trabajadoras antes, durante y después del parto. Este desarrollo ha ido aparejado a la incorporación de la mujer al mercado laboral con el propósito de superar la discriminación en este ámbito. En los últimos años cabe mencionar la extensión del fuero maternal a las trabajadoras de casa particular y a las madres adoptivas, la prohibición de verificar la existencia o no de embarazo para efectos de contratación, permanencia o renovación de contrato, o la promoción y movilidad en el empleo, y la extensión del derecho a sala cuna.

El último avance es la Ley N° 20.545 promulgada en octubre de 2011, que contiene importantes innovaciones en materia de descanso posnatal. Tales innovaciones consisten especialmente en que al período de descanso de doce semanas, se le agrega un permiso posnatal parental posterior de otras doce semanas, las que pueden extenderse a dieciocho si la trabajadora decide ejercerlas en modalidad de media jornada. A partir de la séptima semana de este permiso, la mujer puede decidir si el hombre puede hacer uso del permiso. Llama la atención, no obstante, que el empleador, aduciendo razones relativas a la naturaleza de las funciones que la madre empleada desarrolla, pueda oponerse al uso de esta alternativa, obligando a la trabajadora a impugnar tal decisión ante la Inspección del Trabajo[24]. La ley no es clara en establecer los casos en que el empleador se puede negar, sino que establece que la negación puede operar en razón de la naturaleza de las labores de la trabajadora y las condiciones en que se desempeña, lo que podría en la práctica interferir en el ejercicio pleno de este derecho.

En términos generales, la nueva ley constituye un avance relevante respecto de la situación anterior. Sin perjuicio de ello, la superación efectiva de la desigualdad entre hombres y mujeres en el trabajo sigue siendo un tema pendiente, lo que plantea como desafío abordar aspectos que todavía son obstáculos importantes, como los estereotipos de género que depositan en la mujer un rol preponderante en el cuidado de niños y niñas, o que este no sea aún un derecho universalmente reconocido y garantizado, en igualdad de condiciones, tanto para el padre como para la madre.

2. OBSTÁCULOS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES EN CHILE

En relación con el ejercicio de los derechos en el trabajo, existen en la actualidad déficits preocupantes en materia de prácticas y políticas laborales. Uno de ellos se refiere a la seguridad e higiene en el trabajo. En este ámbito, el accidente sufrido por los 33 mineros el año pasado, en la Región de Atacama, es la muestra más visible de la falta de seguridad en el trabajo, a las que se suman numerosos otros casos menos difundidos[25].

En cuanto a la seguridad e higiene en el trabajo, las cifras muestran que ha existido una tendencia al aumento no solo de los accidentes laborales –tanto en el lugar de trabajo, como de trayecto– sino también en la cantidad de

23 Sobre afectación de derechos de la población migrante ver el apartado específico en este mismo Informe.

24 Específicamente el nuevo artículo 197 bis del Código del Trabajo señala que “el empleador estará obligado a reincorporar a la trabajadora salvo que, por la naturaleza de sus labores y las condiciones en que aquella las desempeña, estas últimas sólo puedan desarrollarse ejerciendo la jornada que la trabajadora cumplía antes de su permiso prenatal”.

25 En esta materia otros casos se han dado especialmente en el rubro del transporte, donde se ha denunciado el no respeto a las horas máximas de manejo por parte de choferes de buses o se ven obligados a usar pañales durante su trayecto para que no utilicen el baño.

días perdidos promedio[26]. Según la Dirección del Trabajo y las últimas cifras que se tienen, estos han aumentado de 11,8 días perdidos promedio en 2004 a 14,1 en 2008. El campo de la Minería posee el promedio más alto de días perdidos, donde ha aumentado de 13,5 días en 2004 a 25,2 días en 2008[27].

TOTAL DE ACCIDENTES LABORALES PERÍODO 2006-2010

	2006	2007	2008	2009	2010
En el trabajo	209.384	206.464	213.324	191.685	205.769
Trayecto	36.930	39.702	41.335	42.163	48.369
Total	**246.314**	**246.166**	**254.659**	**233.848**	**254.138**

Fuente: Superintendencia de Seguridad Social. Balance Estadístico 2010.

Salvo en el 2009, en general se aprecia un aumento de los accidentes laborales, especialmente en los de trayecto donde en el período 2006-2010 han aumentado en 11.439 casos, es decir, 2.287 nuevos accidentes promedio por año[28]. Al analizar estos datos por cantidad de trabajadores por empresa, se aprecia que en promedio es mayor la cantidad de accidentes en pequeñas empresas, de no más de 10 trabajadores, las que según la Dirección del Trabajo "son significativamente deficitarias en la aplicación de instrumentos de prevención de riesgos, situación que se agrava en las microempresas, de las cuales prácticamente el 40% declara no tener ningún instrumento de prevención de riesgos"[29].

26 Por "días perdidos" se entiende el promedio de días en los que las personas están con licencia médica.
27 Dirección del Trabajo, ENCLA 2008, pág. 179.
28 Cabe señalar que estos datos son los otorgados por las mutuales de seguridad, es decir, son accidentes que han afectado a trabajadores que tienen una mayor protección social y laboral, por estar en mejores condiciones contractuales. Estas cifras no muestran los accidentes laborales que puedan sufrir todas las personas que trabajan en mercados informales, de donde no existe un registro específico.
29 Dirección del Trabajo, ENCLA 2008, pág. 181.

CANTIDAD PROMEDIO DE ACCIDENTES ANUALES POR CANTIDAD DE TRABAJADORES/AS

CANTIDAD DE TRABAJADORES/AS	PROMEDIO DE ACCIDENTES
1 – 10	1.400
11 – 25	903
26 – 100	544
101 – 499	140
500 – 999	25
1.000 y más	67

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Superintendencia de Seguridad Social en su Balance Estadístico 2010.

En cuanto a los factores de riesgo en materia laboral, los principales son los contaminantes ambientales (especialmente en la Minería y en la Construcción); el ambiente físico (en especial en la industria manufacturera de metales, minería y agricultura); la iluminación y exposición solar (en la minería, agricultura y construcción); la seguridad y tecnología (en suministros de agua, luz y gas), y la sobrecarga muscular (en la industria manufacturera metálica y no metálica, hoteles y restaurantes, transporte, pesca, comercio por mayor, construcción y servicios sociales y de salud)[30].

En razón de este escenario es que el Informe presentado al Poder Ejecutivo por la Comisión Asesora Presidencial para la Seguridad en el Trabajo, en noviembre de 2010, concluyó que "se requiere, en consecuencia, una Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que ayude a orientar los esfuerzos destinados a la prevención de los accidentes y enfermedades del trabajo; que defina el marco de referencia para las acciones que en materias de seguridad y salud en el trabajo realicen las instituciones de gobierno, los administradores del seguro, las empresas y los trabajadores"[31]. Esta política debe ser capaz no sólo de prevenir la integridad física y psíquica de las personas en el trabajo, sino que además asegurar otros derechos involucrados como es el caso del derecho a la salud. En el rubro de los transportes esto ha quedado de manifiesto al constatarse que choferes del

30 Ibídem, pág. 190.
31 Comisión Asesora Presidencial para la Seguridad en el Trabajo, Informe Final, Noviembre 2010, página 71.

transantiago usaron pañales durante los trayectos de locomoción[32], o el encierro de trabajadores de un supermercado durante la noche, incluso la noche del 27 de febrero de 2010 en que ocurrió el terremoto[33].

Además de los accidentes laborales, otro de los problemas que más afecta a las personas trabajadoras es la baja *sindicalización*. En efecto, las reformas legales apuntan a aumentar la fiscalización estatal mediante la creación de organismos públicos con ese fin, mientras que la experiencia muestra que lo más efectivo en términos de prevenir y resolver conflictos y discrepancias así como de garantizar los derechos laborales, es fomentar los sindicatos entregándoles fuertes herramientas de negociación, constituyéndose estos en el primer fiscalizador del respeto a los derechos laborales.

En este campo, los índices en Chile en los últimos años han tendido a la baja. Si en 1991 la tasa de sindicalización era del 15,1%, dicha cifra era del 11,7% al 2010[34]. Asimismo, el 94,9% de las empresas no cuenta con sindicato y del 5,1% de empresas que sí cuentan con organización sindical, casi un 25% de las empresas tienen dos o más sindicatos[35]. A nivel nacional, las regiones del Bio Bio, Valparaíso y Metropolitana son aquellas con mayor sindicalización con un 8,6%, 6,2% y 5,4% respectivamente, mientras que las regiones de Magallanes (con un 1,1%) y Tarapacá y La Araucanía (ambas con un 2,1%) muestran los índices más bajos[36]. Las tasas más altas de sindicalización se encuentran en la minería (22,2%), suministros de agua, gas y electricidad (22,3%), enseñanza (23,8%) y servicios sociales y de salud (22,6%), mientras que los sectores con tasas más bajas son hotelería y restaurantes (0,8%), construcción (1,9%) y comercio al por mayor y menor (2,6%)[37].

A la baja sindicalización se agrega el problema de las prácticas antisindicales que se advierten en las empresas, las que pueden tener por fin la no creación de la agrupación o dificultar su normal desarrollo. Según información solicitada por el INDH a la Dirección del Trabajo, durante el 2010 la DT recibió 2.228 denuncias en esta materia, correspondientes a 954 empresas. Entre los meses de enero a mayo de 2011, la DT recibió 851 denuncias correspondientes a 425 empresas, lo que refleja una tendencia similar a la del año anterior[38]. Entre las prácticas más denunciadas se encuentran las siguientes:

32 Emol.com, Condenan a operadores de Transantiago por chofer que usaba pañales por falta de baños, publicado el 30 de diciembre de 2010.
33 ElMostrador.cl, Impacto por trabajadores de supermercados Santa Isabel que quedan encerrados durante la noche, 23 de marzo de 2011.
34 Dirección del Trabajo, Compendio de Series Estadísticas 1990-2010, pág. 10.
35 Dirección del Trabajo, ENCLA 2008, pág. 133.
36 Ibídem, pág. 134.
37 Ibídem, pág. 135.

38 Dirección del Trabajo, Oficio N° 3383, de fecha 24 de agosto de 2011, página 6. En efecto, el promedio de denuncias durante el 2010 indica que al mes de mayo de 2010 se habrían recibido unas 925 denuncias, es decir, 74 más que a mayo de 2011.

PRINCIPALES DENUNCIAS ANTE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO POR PRÁCTICAS ANTISINDICALES 2010-2011

PRÁCTICAS DENUNCIADAS	2010		ENERO-MAYO 2011	
	DENUNCIAS	EMPRESAS	DENUNCIAS	EMPRESAS
Infracción artículo 289 CT[39]	282	89	133	46
Obstaculizar formación o funcionamiento del sindicato: amenazas de despidos o pérdida de beneficios	185	61	59	18
No pago cuota sindical	121	66	35	20
No pago de permisos sindicales	128	47	54	21
No otorgar trabajo convenido a dirigente sindical	305	156	151	91
Separación ilegal del trabajador con fuero sindical	639	292	173	115
Denuncias por reemplazo y reintegro ilegal de trabajadores en huelga	156	53	56	19

Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada por la Dirección del Trabajo, mediante oficio N° 3383, de 24 de agosto de 2011.

NÚMERO DE DENUNCIAS DE PRÁCTICAS ANTISINDICALES POR ACTIVIDAD ECONÓMICA

RAMA ACTIVIDAD ECONÓMICA	2010	
	DENUNCIAS	EMPRESAS
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	528	174
Actividades inmobiliarias, empresariales y alquiler	312	119
Comercio	290	112
Industrias manufactureras	287	157
Construcción	192	93

Fuente: Elaboración propia a partir de la información proporcionada por la Dirección del Trabajo, mediante oficio N° 3383, de 24 de agosto de 2011.

Al analizar las prácticas antisindicales por rama de la economía, en general se aprecia que a mayor sindicalización, menores son las denuncias ante la DT y viceversa. Así la minería y la enseñanza, que tienen las tasas más altas de sindicalización a nivel nacional realizaron pocas denuncias durante el 2010 (29 y 73 denuncias respectivamente); en cambio, la construcción y el comercio, ambas con baja sindicalización, presentan altas tasas de denuncias ante la DT.

A esta baja sindicalización debe agregarse que el Código del Trabajo, en su artículo 303, equipara los sindicatos a los grupos de trabajadores, lo cual debilita el poder de los sindicatos. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que "la negociación directa de la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores"[40].

39 El artículo 289 del CT se refiere a prácticas como otorgar beneficios especiales para desincentivar la formación de sindicatos, actos cuyo objeto sea evitar la afiliación de un trabajador a un sindicato ya existente o actos de injerencia sindical, entre otros.

40 Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de la Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 944.

En cuanto a la *negociación colectiva* se ha planteado que "las sucesivas reformas legales de los Gobiernos democráticos se han centrado en la protección legal individual, intentando que las modificaciones pertinentes tuviesen baja incidencia en los costos del trabajo. En el ámbito de las relaciones colectivas, en especial de la negociación colectiva, los cambios introducidos han sido marginales al no afectar su matriz de origen"[41]. Asimismo, se ha mencionado que "de 1991 a 2009, la fuerza de trabajo ocupada en el sector privado ha crecido en 2 millones de personas, pero los trabajadores cubiertos por negociación colectiva han aumentado sólo en 43.600 personas"[42]. Esto no es un hecho positivo, si se considera que las negociaciones colectivas aumentan las posibilidades de negociar una mejora en las condiciones salariales, y por tanto quedaría una porción importante de trabajadores debilitados en esta posibilidad.

La importancia de incentivar tanto la sindicalización como la negociación colectiva se puede apreciar en que los convenios colectivos son más frecuentes en aquellas empresas donde existe un sindicato, reforzándose la idea que los sindicatos constituyen la primera línea de defensa de los derechos de los y las trabajadoras.

EMPRESAS CON CONTRATOS O CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES, SEGÚN LA EXISTENCIA DE SINDICATOS

EXISTENCIA DE INSTRUMENTO COLECTIVO	CON SINDICATO (%)	SIN SINDICATO (%)	TOTAL (%)
Sí	83.5	1.2	5.1
No	14.8	98.7	94.7
No sabe	1.7	0.1	0.2
Total	**100**	**100**	**100**

Fuente: Dirección del Trabajo, ENCLA 2008, página 165.

El Código del Trabajo plantea obstáculos para la negociación colectiva. Por ejemplo, está prohibida para trabajadores/as por obra o faenas transitorias (artículo 305), lo que afecta a una quinta parte de la población trabajadora en Chile. Del mismo modo, el Código expresa que no pueden ser menos de ocho trabajadores los beneficiados con la negociación y que no solo los sindicatos pueden negociar, sino que también las organizaciones de trabajadores que se unan especialmente para ello, restando poder de negociación a los mismos.

En cuanto al *derecho a huelga*, debe entenderse en relación con la sindicalización y la negociación colectiva, al constituir el principal medio de negociación para las personas trabajadoras ante sus empleadores. En particular, es en relación con la posibilidad de reemplazo de los/las trabajadores/as por parte del empleador (art. 381 del Código del Trabajo), y la fecha de inicio de la misma, la que debe comenzar tres días después de que los y las trabajadoras voten en su favor (artículo 374 del mismo código), que se expresan de mejor manera las dificultades que presenta el derecho a huelga en Chile.

En cuanto al reemplazo, constituye una herramienta que resta poder de negociación a las y los trabajadores, toda vez que la huelga es una expresión colectiva cuya fuerza se centra justamente en la posibilidad de afectar la producción. Si la empresa puede seguir funcionando a pesar de la huelga, las demandas pierden fuerza a la luz de una negociación.

Respecto a la fecha de inicio de la huelga, si bien esto se planteó como un período para la mediación, no resulta claro cuál es el verdadero fin buscado, y se presume que este período ayuda a inhibir a las y los trabajadores para que no se adhieran a la huelga, o a mermar la fuerza de la decisión colectiva al ofrecer beneficios unilaterales a ciertos trabajadores[43].

Los obstáculos normativos para el ejercicio de la huelga ha sido objeto de críticas por parte de organismos internacionales de derechos humanos a Chile, como por ejemplo el Comité DESC, el que instó al Estado chileno a revisar específicamente "el artículo 381 del Código del Trabajo, que prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga"[44]. Asimismo, el Comité ha criticado la redacción del artículo

41 Ricardo Infante y María Ester Feres, La negociación colectiva del futuro en Chile, 2007, pág. 28.
42 Fundación Sol, Por una reforma laboral verdadera, 2011, pág. 14.

43 Ver Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) de la OIT, Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, número 87, 2008.
44 Comité DESC, Observaciones finales: Chile, 2004, E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrafo 41.

384 por contener "una definición demasiado poco precisa de los servicios esenciales en que la huelga está prohibida"[45]. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos señaló que continuaba "preocupado por las limitaciones a los derechos sindicales que persisten en Chile, y la información según la cual en la práctica existen modificaciones unilaterales de la jornada de trabajo, reemplazos de trabajadores en huelga y amenazas de despido para impedir la constitución de sindicatos"[46].

45 Ibídem. Sobre esto mismo ver CEARC, op. cit.
46 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Chile, 2007, párrafo 14.

Las restricciones al ejercicio de la huelga por parte de funcionarios públicos han generado especial preocupación en la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) de la OIT, la que recomendó despenalizar el ejercicio de la huelga en funcionarios públicos, figura establecida principalmente en el artículo 254 del Código Penal[47]. Al mismo tiempo, la Comisión recomendó que la prohibición del derecho a huelga se limite a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

47 CEARC, op. cit.

2

DERECHO A LA SALUD





DERECHO A LA SALUD

ANTECEDENTES

El derecho a la salud está contenido en diversos instrumentos de derechos humanos[1] y es definido por la Organización Mundial de la Salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades"[2]. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) formula el derecho como la potestad que toda persona tiene" al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12, párrafo 1), e indica que las medidas que deben adoptar los Estados para asegurar la plena efectividad del derecho son, entre otras, la reducción de la morbimortalidad materna e infantil, el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente, la prevención y tratamiento de enfermedades, y la creación de condiciones que aseguren a todas las personas acceso a asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (párrafo 2).

Se trata de un derecho amplio e inclusivo. Gozar del más alto nivel posible de salud física y mental conjuga, por un lado, la atención oportuna y apropiada de la salud, el acceso a servicios y medicamentos esenciales, y a sistemas de atención sanitaria culturalmente aceptables y de calidad, con pleno respeto a las libertades fundamentales y sin discriminación. Por otro lado, incluye la consideración de los principales determinantes de la salud, es decir: ambiente saludable, educación, ingresos económicos, agua potable, saneamiento, equidad de género e información relacionada con la salud incluida la sexual y reproductiva, entre otros[3].

En este apartado se revisan algunos de los avances en el campo de la salud, así como las debilidades y desafíos que permanecen. Mientras que Chile ha cumplido ya con varias metas de los Objetivos del Milenio[4], permanecen debilidades relacionadas con el modo en que este derecho es reconocido normativamente, lo que impacta en sus posibilidades de justiciabilidad[5], así como en las desigualdades en el acceso a la salud que se cristalizan de formas diversas.

Existe un amplio consenso respecto a que el modelo de salud en Chile ha creado segmentación y discriminación, pues existen diferencias sustantivas de atención entre distintos sectores de la población, según sus recursos económicos, ubicación geográfica, entre otras[6]. Esta constatación junto a la necesidad de dar mejor respuesta a las transformaciones

1 El derecho está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y es uno de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; está presente en las Convenciones para la eliminación de la discriminación racial y de las mujeres, la de derechos del niño/a, la de protección a los trabajadores migrantes y sus familias, y el Convenio 169 de la OIT.

2 Organización Panamericana de la Salud (OPS). Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, firmada el 22 de julio de 1946.

3 Comité DESC. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 22º período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, 2000, párrafos 8, 9 y 11.

4 Entre ellos, el porcentaje de población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía alimentaria, el porcentaje de niños/as de un año vacunados/as contra el sarampión y la prevalencia de VIH en embarazadas.

5 El requisito de justiciabilidad de los DESC es una condición sine qua non para la garantía de su ejercicio, como se menciona en la introducción de este capítulo. En relación al derecho a la salud, el Comité DESC ha señalado que "toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional". Observación General N° 14, op. cit., párrafo 59.

6 Entre otros artículos, ver: Zúñiga, Alejandra. Sistemas sanitarios y Reforma AUGE en Chile. Revista Acta bioética, Vol. 13 N° 2, 2007; Drago, Marcelo. La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos. Cepal, Serie Políticas Sociales N° 121, 2006.

en el perfil epidemiológico y demográfico de la población, llevó a la introducción de una reforma del sector durante el gobierno de Ricardo Lagos Escobar. La propuesta se concretó en varios proyectos de ley enviados al Parlamento entre 2004 y 2005, de los cuales fueron aprobados: el Régimen de Garantías en Salud[7] –comúnmente nombrado como AUGE–, el de Autoridad Sanitaria[8]; la ley que modificaba la anterior regulación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES)[9]; y, la ley de financiamiento del gasto fiscal de la reforma[10]. Está aún en tramitación la ley de Derechos y Deberes de las personas en materia de salud.

El financiamiento del cuidado sanitario de las personas se hace por medio de una cotización obligatoria de 7% que permite a quien cotiza optar por afiliarse al sistema público o al privado. Desde agosto de 2011, quedaron exentos de esta disposición los/as adultos/as mayores en situación vulnerable[11]. El Fondo Nacional de Salud (FONASA) es el organismo público encargado de otorgar cobertura de atención a sus afiliados/as, y a aquellas personas sin recursos que financia el Estado a través de un aporte fiscal directo; actualmente cuenta con 12.565.010 de cotizantes (incluyendo sus cargas)[12]. Por su parte, al sistema privado (ISAPRES) está afiliados aproximadamente 2.794.077 (cotizantes y sus cargas)[13]. Tanto en el sistema público como en el privado, la atención exige un copago directo del/la usuario/a cuyo monto dependerá del tipo de atención, salvo el caso de las personas que demuestren indigencia que en el sistema público de salud están exentas de esta obligación.

El AUGE estableció un Régimen de Garantías en Salud (GES) que asegura que toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, pueda contar con un mecanismo de protección social que le dé acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad[14]. En lo fundamental, la ley contempla garantías para un conjunto priorizado de prestaciones de salud en términos de acceso, calidad, oportunidad y costo; esto es, establece un estándar mínimo en la atención de salud para las enfermedades, que incluye un plazo para recibir dicha atención y un desembolso financiero acotado para los y las pacientes[15]. Las patologías incorporadas en el AUGE consideran los problemas de salud que causan en Chile más muertes y discapacidades –como las enfermedades cardiovasculares, el cáncer, la hipertensión arterial y la diabetes–; las enfermedades que, sin causar la muerte, son las más costosas de atender, como el caso SIDA y la esquizofrenia; y aquellos problemas de salud que, si son pesquisados y tratados a tiempo, presentan una alta tasa de mejoría de las personas. Estas enfermedades, prestaciones y garantías se establecen por Decreto Supremo y son revisadas obligatoriamente cada tres años[16].

Estos esfuerzos han sido reconocidos por el Comité DESC, que en el examen de cumplimiento del Pacto por parte de Chile, destacó "las mejoras de diversos indicadores sociales" y como un aspecto positivo "la aprobación y ejecución de programas específicos para mejorar la situación de los grupos más pobres de la sociedad, como Chile Solidario y el Plan AUGE (Plan de Acceso Universal con Garantías

7 Ley Nº 19.966, publicada el 3 de septiembre de 2004.
8 Ley Nº 19.937, publicada el 24 de febrero de 2004.
9 Ley Nº 20.015 que modifica la Ley N° 18.933, sobre instituciones de salud previsional, publicada el 17 de mayo de 2005.
10 Ley N° 19.888 que establece el financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del Gobierno, publicada el 13 de agosto de 2003.
11 Ley N° 20.531 que exime, total o parcialmente, de la obligación de cotizar para salud a los pensionados que indica, publicada el 31 de agosto de 2011.
12 FONASA distingue cuatro categorías de beneficiarios/as, comenzando con el Grupo A donde caben las personas bajo la línea de indigencia y sin recursos, que reciben subsidio único familiar o pensiones asistenciales; las categorías siguientes –B, C y D– distribuyen a las personas de acuerdo al ingreso imponible.
13 Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública (2010). Estudio: Verificación del costo esperado individual promedio por beneficiario del conjunto priorizado de problemas de salud con garantías explícitas. Disponible en: http://desal.minsal.cl/DOCUMENTOS/PDF/GES/1.1/02Anexo1.pdf
14 Mensaje presidencial Nº 1-347 del Proyecto de Ley que establece un Régimen de Garantías en Salud de 22 de mayo de 2002. Boletín N° 2947-11.
15 Las garantías explícitas son: a) garantía de acceso, conforme a la cual todas las personas deberán recibir atención y ser parte de una red de salud en su lugar de residencia; b) garantía de oportunidad, que establece un límite máximo de tiempo para asegurar tanto la primera atención como la atención post diagnóstico; c) garantía de calidad, según la cual las prestaciones seguirán patrones de exigencia técnica preestablecidos y construidos a partir de pruebas de evidencia médica; y, d) garantía de cobertura financiera, en cuya virtud el pago de las prestaciones no será un obstáculo para recibir los servicios asociados al sistema AUGE y sus patologías. Además, asegura financiamiento fiscal para la atención de salud de los carentes de ingresos o indigentes y establece la obligatoriedad de cotizar para salud de los trabajadores independientes.
16 Ley N° 19.966, artículo 23, párrafo 5º.

Explícitas)[17]. La Organización Panamericana de la Salud, en su informe sobre la Salud en Chile 2010, señaló que "el relativo buen nivel de salud se refleja en aspectos como la expectativa de vida al nacer, eventos de salud altamente evitables como la mortalidad materna e infantil, de enfermedades transmisibles y las condiciones de saneamiento e higiene"[18].

A pesar de estos avances en materia de desarrollo, la desigualdad en el ejercicio del derecho a la salud sigue apareciendo sistemáticamente como una de las principales preocupaciones de la ciudadanía, apenas por debajo del empleo y la delincuencia[19]. En la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2011, el 85% de la población expresó total acuerdo con la afirmación "En Chile el derecho a una atención de calidad en salud depende de cuánto puedes pagar", y prácticamente la mitad (46,6%) señaló no creer que en el país se proteja el derecho a la salud y el bienestar[20].

En este apartado se analizan algunas áreas que dan cuenta de los principales déficits en el respeto, protección y garantía del derecho a la salud en Chile. El diagnóstico se nutre de la revisión de la información y estudios producidos por el Estado, de las opiniones de personas expertas del ámbito de las políticas públicas de salud en el país que han participado en una mesa de trabajo sobre el tema organizada por el INDH este año, y toma en consideración las recomendaciones realizadas por los órganos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados por el país.

1. ASPECTOS NORMATIVOS

El derecho a la salud resulta fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y, al mismo tiempo, su realización integral depende de estos: "el derecho a la salud no debe concebirse como el derecho a estar sano sino a ejercer libertades y derechos que brinden a las personas oportunidades iguales para disfrutar de ese máximo estado de bienestar"[21]. Las libertades entrañan la potestad de las personas a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y a no padecer injerencias tales como ser sometida a torturas o tratos crueles, o tratamientos y experimentos médicos no consentidos. Entre los derechos, están los referidos a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad y, a la vida privada y al acceso a la información. Estos y otros derechos y libertades, señala el Comité del DESC, abordan los componentes integrales del derecho a la salud[22].

El Estado tiene un rol fundamental en la generación de condiciones que permitan a las personas tener oportunidades para gozar de bienestar y buena salud. Sin perjuicio de la consideración a la progresividad en el cumplimiento del pleno goce y ejercicio del derecho a la salud, el Comité del PIDESC ha fijado un piso mínimo que los Estados deben cumplir. Esos contenidos incluyen el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna y distribuidos de manera equitativa; alimentación esencial para que nadie padezca hambre, un lugar de habitación con condiciones sanitarias básicas y agua potable, medicamentos esenciales; y un plan de acción nacional de salud pública construido sobre la base de evidencia epidemiológica, y con participación de la población que preste especial atención a los grupos históricamente discriminados[23]. Agrega el Comité que otras obligaciones de prioridad comparable son la atención de la salud reproductiva, materna (prenatal y posnatal) e infantil, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la adopción de medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas, la educación y acceso a la información relativa a los principales problemas de salud, incluidos los métodos para prevenir y combatir enfermedades, y la capacitación adecuada del personal del sector salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos[24].

17 Comité DESC, Observaciones Finales: Chile, E/C.12/1/Add.105, 2004, párrafo 6.
18 OPS/OMS. Salud en Chile. OPS/OMS, Santiago, 2010.
19 Ver Encuestas del Centro de Estudios Públicos: Estudio Nacional de Opinión Pública, junio-julio 2010, octubre 2009 y agosto 2009.
20 Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2011. Disponible en www.indh.cl
21 Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES) y Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM). Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el sistema interamericano. CIES y CLADEM, Lima, 2007, pág. 12.
22 Comité DESC, Observación General N° 14, op. cit., párrafo 3.
23 Ibídem, párrafo 43.
24 Ibídem, párrafo 44.

Además de la definición de dichos contenidos mínimos y el cumplimiento de estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad comunes a todos los derechos económicos, sociales y culturales, uno de los requisitos fundamentales en materia de reconocimiento del derecho a la salud dice relación con las posibilidades de reclamar ante la justicia en casos de una vulneración al mismo.

El Protocolo de San Salvador, aún no ratificado por el Estado de Chile[25], reconoce la salud como "un bien público" (art. 10), y dispone las medidas que deben adoptar los Estados. El Protocolo, sin embargo, solo posibilita la presentación de peticiones individuales respecto del derecho a la educación y al trabajo (art. 19, 6) y excluye el derecho a la salud, lo que explica que "no existan pronunciamientos expresos de los órganos del Sistema Interamericano de Justicia respecto al derecho a la salud como objeto de protección directa"[26]. En general, en las resoluciones de la Comisión y las sentencias de la Corte IDH la protección del derecho a la salud de las personas ha sido interpretada en el contexto del derecho a la vida y a la integridad personal[27].

En el caso de Chile, la Constitución Política incluye la salud dentro del catálogo de derechos de la persona, en el artículo 19, numeral 19. La norma establece "el derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

La norma presenta debilidades porque no define el alcance de la protección de la salud, lo que dificulta tanto una interpretación robusta del derecho como la presentación de reclamos ante la justicia en casos de vulneración. En ese mismo sentido han reflexionado voces expertas en derechos humanos en el país[28] y se ha expresado en informes sobre la materia[29]. Por su parte, para la oficina en Chile de la Asociación Latinoamericana de Medicina Social ALAMES, "la Constitución no garantiza a la población el derecho universal e igualitario a acceder a servicios de salud bajo responsabilidad del Estado. Todo se reduce a asegurar el derecho a reclamar el acceso a servicios públicos o privados, lo que queda sujeto a una supuesta libre decisión por parte del usuario"[30].

El derecho a la protección de la salud no forma parte de los derechos sujetos a tutela judicial a través del recurso de protección; este solo es efectivo en cautelar la posibilidad de elegir entre un sistema privado o público, y en particular sobre los derechos adquiridos en el plan de salud. A partir del año 2005, y como consecuencia de la reforma de la ley de ISAPRES[31], se ha producido lo que algunos autores llaman "un proceso de judicialización del derecho a la salud"[32] en razón de los problemas que se han suscitado en el sistema privado. En efecto, la legislación autorizó a las instituciones de salud previsional a modificar unilateralmente los precios de los planes de salud de acuerdo, principalmente, a criterios de edad y sexo de sus afiliados/as. El artículo

25 La ratificación está en trámite desde 2006 (Boletín N° 4087-10).

26 CIES y CLADEM, op. cit., pág. 13.

27 Como en el caso de la Comisión IDH y de la Corte IDH, estudios de jurisprudencia en algunos países de la región –Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú– muestran que el derecho a la salud por lo general ha sido objeto de amparo en conexión con los derechos civiles, especialmente a la vida y a la integridad física. Al mismo tiempo, la jurisprudencia referida muestra avances conceptuales y normativos importantes, entre ellos, la consideración del derecho a la salud como derecho humano fundamental, exigible y justiciable; la existencia de núcleos mínimos y supuestos no negociables, y la protección del derecho a la salud sin necesidad de estar sujeto a la disponibilidad de recursos económicos. Ibídem, pág. 256.

28 Couso, Javier y Reyes, Mauricio. Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile. Revista de Derecho / Universidad Católica del Norte, Año 16 n° 2, 2009. Coquimbo, pág. 28.

29 La Universidad Diego Portales ha señalado que el derecho a la protección de la salud "se ha entendido que no se trata del reconocimiento de un derecho subjetivo exigible directamente, sino, más bien, de una *norma programática* orientadora de la acción del Estado y de los operadores jurídicos, sin eficacia directa al no establecer un "verdadero derecho" ni mecanismos de tutela jurídica". UDP, Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008, pág. 208.

30 ALAMES. Chile, el derecho a la salud. En: Derecho a la Salud. Situación de los Países de América Latina. Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo Asociación Latinoamericana de Medicina Social ALAMES, 2005, Bogotá.

31 Ley Nº 20.015 que modifica la Ley Nº 18.933 sobre instituciones de salud previsional, promulgada el 3 de mayo de 2005.

32 Coddou, Alberto. El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: el caso de las Isapres. En: Anuario de Derecho Público 2010. Universidad Diego Portales, Santiago.

38 ter de la Ley N° 18.933 establece que "para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores. La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar".

Desde la adopción de la norma ha aumentado considerablemente el número de recursos de protección presentados a causa del alza de los planes de salud. El estudio realizado este año por el INDH en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel muestra que, de 945 recursos de protección presentados entre enero y agosto de 2011 analizados en el estudio, 462 correspondían a situaciones relacionadas con las ISAPRES, y el 75% de estos fueron acogidos por la Corte[33]. Por su parte, la Corte Suprema refiere que durante el 2009, el 59% de los recursos acogidos por este tribunal superior se dirigieron contra las ISAPRES[34].

Al aumento en los recursos de protección se agregan los requerimientos de inaplicabilidad del artículo en cuestión ante el Tribunal Constitucional. El órgano dictó entre 2008 y 2009 tres sentencias favorables al requerimiento interpuesto[35] y, en agosto de 2010, declaró inconstitucionales las normas que permiten la discriminación en las primas de los seguros en razón de la edad o el sexo por parte de las ISAPRES, contenidas en la Ley N° 18.933[36]. En su sentencia, el Tribunal reconoce la existencia y plena vigencia del derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, disponiendo que "los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger 'el libre e igualitario acceso a las acciones' (artículo 19, N° 9°); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida 'a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones' (artículo 19, N° 18°)"[37]. Por ello "las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: 'libre e igualitario acceso' (artículo 19, N° 9°) y 'prestaciones básicas uniformes' (artículo 19, N° 18°)"[38].

El INDH valora las resoluciones del Tribunal Constitucional que explicitan la condición de derecho –y no mera expectativa– de los derechos sociales y en particular del derecho a la salud. Igualmente importante es la aplicación de la igualdad respecto de los aportes de los/as afiliados/as para acceder a los planes de salud, evitando la discriminación por edad y por sexo. Con ello, el Tribunal reafirma la obligación de protección del Estado ante la acción de entes privados que pueden afectar su ejercicio.

2. LAS DESIGUALDADES E INEQUIDADES EN SALUD

La inequidad en el pleno ejercicio del derecho a la salud es uno de los principales problemas en Chile. Por inequidad en salud se entienden las diferencias sistemáticas que son innecesarias, evitables e injustas: "[…]se relaciona con desigualdades en el desarrollo de los distintos grupos y áreas de población, los determinantes sociales relevantes en salud (como ingreso económico, empleo, educación, condiciones de vida, protección social) y el acceso inequitativo a servicios de salud de calidad"[39].

Esto se refleja fundamentalmente en el perfil epidemiológico (de qué se enferman las personas) y en el acceso a los servicios de salud. Así, no existe la misma cobertura y oportunidad para los diferentes grupos sociales (condiciones económicas, de pertenencia étnica, de género, entre otras). De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud, "el

33 Ver información contenida en el capítulo Mecanismos de Tutela de Derechos en este informe.
34 Corte Suprema, Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la acción constitucional de protección del año 2009. Informe 78-2010, pág. 10.
35 Sentencia Rol N° 976 de junio de 2008, Sentencia Rol N° 1218 de julio de 2009 y Sentencia Rol N° 1287 de septiembre de 2009.
36 Sentencia Rol 1710, 6 de agosto de 2010.
37 Ibídem, considerando centésimo decimocuarto.
38 Ibídem.
39 OPS/OMS, op. cit., pág. 16.

país mantiene grandes diferencias geográficas, económicas, étnicas y educacionales, entre otras, que constituyen factores determinantes de las desigualdades en salud"[40].

Las recomendaciones que los órganos de los tratados de derechos humanos han realizado al país en materia del derecho a la salud tienen directa relación con las inequidades en el ejercicio del derecho, en razón de la discriminación que afecta a grupos específicos de la población, entre ellos niños, niñas y adolescentes, indígenas y mujeres. En particular, el Comité de la Convención de los Derechos del Niño[41] instó al Estado, entre otras medidas, a seguir asignando recursos y mejorar el acceso a los servicios médicos en las zonas rurales, entre los hogares de ingresos básicos y las comunidades indígenas (art. 54); promover y garantizar el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva para los/as adolescentes (art. 56); destinar suficientes recursos financieros y humanos a la prevención y a campañas de información para combatir la discriminación contra los/as niños/as infectados/as con VIH/SIDA (art. 58); y a velar porque se garantice a los/as niños/as refugiados/as, solicitantes de asilo y migrantes el acceso a los servicios de salud y educación independientemente de su condición migratoria (art. 64).

En relación con indicadores de desigualdad en la atención básica en salud, los referidos a la mortalidad y morbilidad muestran la persistencia de diferencias importantes entre la población indígena y no indígena en el país. El Ministerio de Salud produjo perfiles epidemiológicos de los pueblos indígenas en distintas regiones del país[42] y, en todos ellos, estableció índices sobre mortalidad en todos los grupos de edad respecto de la población no indígena: "Esta situación es similar a la observada para los aymara del norte del país y los mapuche de La Araucanía, en donde la mayor vulnerabilidad afecta a los hombres mapuche, situándose a continuación las mujeres indígenas; y, luego, los hombres no indígenas; y, por último, las mujeres no indígenas"[43]. La situación refleja el impacto sobre la salud de la discriminación múltiple, en virtud de la étnia y las condiciones socioeconómicas de pobreza que afectan a las personas de pueblos originarios en Chile.

En la revisión del cumplimiento de Chile de las disposiciones del Pacto DESC realizada en 2004, el Comité señaló su preocupación por el aumento de la propagación del VIH/SIDA y las altas tasas de infecciones de transmisión sexual entre las mujeres jóvenes (art. 26), así como por las consecuencias de la prohibición legal del aborto sin excepciones en la salud de las mujeres (art. 25). El Comité recomendó al Estado velar porque la mujer en edad reproductiva no sea objeto de discriminación en el sistema de atención de salud privado (art. 56), y lo alentó a aumentar el acceso a los medicamentos genéricos (art. 58)[44].

En sentido similar, el Comité de la CEDAW[45] exhortó al Estado Parte a que fortalezca las medidas destinadas a prevenir los embarazos no deseados entre las adolescentes (art. 18) y a adoptar medidas concretas para mejorar el acceso de la mujer a la atención de la salud, en particular, a los servicios de salud sexual y reproductiva. Concretamente, el Comité recomendó ampliar la disponibilidad y asequibilidad sin restricciones a todos los tipos de anticonceptivos seguros y métodos de planificación de la familia, y aumentar los conocimientos y la concienciación acerca de la planificación de la familia entre las mujeres y también entre los hombres (art. 20). Además recomendó revisar la legislación que penaliza el aborto en toda situación, compartiendo las recomendaciones que en este sentido realizaron también el Comité DESC y el Consejo de Derechos Humanos, entre otros[46]. En este último caso, sin embargo, el Estado de Chile rechazó la recomendación.

Durante el periodo que abarca el presente informe cabe destacar la adopción por parte del Congreso de la ley que

40 Ibídem, pág. 11.
41 Comité de la Convención de los Derechos del Niño, CRC/C/CHL/CO/3, 2007.
42 El INDH pudo acceder a perfiles epidemiológicos de Arica y Parinacota, Tarapacá, Bío Bío, La Araucanía, Los Ríos y Magallanes. Los estudios fueron iniciativa del Programa de Salud y Pueblos Indígenas y del Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud en colaboración con la CONADI.
43 Ministerio de Salud (2010). Perfil epidemiológico básico de la población mapuche residente en la Provincia de Arauco". Minsal y CEPAL, Santiago.
44 Comité DESC, E/C.12/1/Add.105, op. cit.
45 Comité de la CEDAW, Observaciones finales: Chile, CEDAW/C/CHI/CO/4, 2006.
46 Comité DESC, op. cit; Consejo de Derechos Humanos, EPU: Chile, A/HRC/12/10, 2009; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 2007; Comité de la Convención contra la Tortura, Observaciones finales: Chile, CAT/C/CR/32/5, 2004.

faculta a las matronas a indicar, usar y prescribir métodos anticonceptivos incluyendo la anticoncepción de emergencia[47]; el Ordinario emitido por la Subsecretaría de Salud Pública que reitera el derecho de las personas a la regulación de la fertilidad y a la anticoncepción de emergencia[48]; y, la reciente decisión de la Comisión de Salud del Senado de legislar sobre tres mociones que buscan regular el aborto terapéutico o por razones médicas[49].

El INDH recomendó en su Informe 2010 la reglamentación de la Ley N° 20.418 que incluye estos derechos de las personas; sin avances en tal sentido, esto redunda en la dificultad en el ejercicio del derecho a la anticoncepción de emergencia por parte de todas las mujeres. De acuerdo con un estudio realizado por Flacso en 2010, un tercio de los consultorios de salud no entrega la PAE a las usuarias que la necesitan[50].

En relación al acceso a atención en caso de enfermedad, el sistema de Garantías Explícitas (AUGE) tiene problemas de implementación y de cobertura, y en la práctica reproduce discriminaciones y exclusiones en las prestaciones que ofrece. Al respecto, la Comisión Presidencial de Salud señaló que "el Ministro de Salud ha reconocido públicamente una "lista de espera auge ", la que de acuerdo a la ley no puede existir […]. Asimismo, aún no entra en vigencia la garantía de calidad relacionada con la obligación de contar con prestadores institucionales acreditados en calidad, para conformar una red de prestadores para cumplir las GES […]. Se ha observado una baja utilización del GES por lo engorroso de su tramitación y por la falta de información para acceder a sus beneficios en especial en el sistema privado pero también en el sistema público"[51]. Por su parte, la UDP constató la utilización de mecanismos de racionamiento sanitario derivados del análisis costo-beneficio propios de la economía de la salud, lo que afecta la garantía de acceso; límites en la disponibilidad por capacidad instalada y recursos humanos calificados disponibles; y discriminaciones por género que se reflejan en coberturas distintas para hombres y mujeres frente a iguales patologías, acceso a la analgesia, y diferencias en planes de salud por sexo[52].

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud ha señalado que el sistema de salud en Chile debe enfrentar problemas y desafíos en su organización, recursos y desempeño: "la limitada provisión pública respecto a la demanda asistencial, relacionada con limitaciones relativas al recurso humano, financiamiento, descentralización, mejoramiento de gestión y calidad en los servicios de salud, desarrollo y recurso de la atención primaria de salud, y articulación de las redes asistenciales"[53].

Lo expuesto da lugar a una alta insatisfacción de los/las usuarios/as por problemas de calidad e insuficiente capacidad resolutiva de los servicios de salud. Son indicadores del problema las listas de espera por enfermedades AUGE y los limitados recursos de especialidades en el sector público. Es particularmente preocupante la insuficiencia de recursos y personal para atender las necesidades de salud mental a pesar de la alta prevalencia del problema en Chile[54]. Una evaluación hecha por la OMS y el Ministerio de Salud[55] muestra que solamente 2,14% del presupuesto total de salud en el sector público es dirigido a la salud mental, lo cual produce insuficiencias en recursos humanos y programas especializados –como por ejemplo, para niños/as y adolescentes– y extensos tiempos de espera para acceder a consultas.

47 Boletín 7245-11, Oficio Nº 9664 del Presidente de la Cámara de Diputados al Presidente de la República. "[…] Indicar, usar y prescribir sólo aquellos medicamentos que el reglamento clasifique como necesarios para la atención de partos normales y, en relación con la planificación familiar y la regulación de la fertilidad, prescribir métodos anticonceptivos, tanto hormonales –incluyendo anticonceptivos de emergencia– como no hormonales, y desarrollar procedimientos anticonceptivos que no impliquen uso de técnicas quirúrgicas, todo ello en conformidad a la Ley N° 20.418".

48 Subsecretaría de Salud Pública, Ordinario N° 3681 del 19 de noviembre de 2010. "[…] La indicación de los métodos de regulación de la fertilidad tienen indicaciones amplias y que son un derecho que la ley otorga a las personas sin condiciones".

49 Boletín 7.373-07; Boletín 6.522-11; Boletín 6.591-11.

50 Dides, Claudia et al. Entrega de la píldora anticonceptiva de emergencia en el sistema de salud municipal de Chile. Estado de situación 2010. Flacso, Santiago.

51 Comisión Presidencial de Salud. Informe, diciembre 2010. Disponible en: www.minsal.cl

52 UDP. Informe de derechos humanos 2008. UDP, Santiago.

53 OPS/OMS, op. cit., pág. 10.

54 En Chile, la prevalencia en la vida de los principales trastornos mentales es de 36% y los más frecuentes son la agorafobia (11,1%), la depresión mayor (9,0%), la distimia (8,0%) y la dependencia del alcohol (6,4%). Zaccaria, Alessandra y Minoletti, Alberto. Plan Nacional de Salud Mental en Chile: 10 años de experiencia. Revista Panamericana de Salud Pública, OPS, 2005, Vol. 18(4-5).

55 OMS y Ministerio de Salud. Sistema de salud mental en Chile, Informe de la evaluación del sistema de salud mental en Chile, 2007. Disponible en: http://www.who.int/mental_health/evidence/chile_who_aims_report.pdf

La Comisión Presidencial en Salud expresó en su último informe que "la red pública de consultorios y hospitales sufre de muchas deficiencias en su organización, lo que le impide responder en forma dinámica a las cambiantes necesidades de sus beneficiarios generando en éstos altos grados de insatisfacción. Los centros privados, debido al modelo de compra por parte de los seguros, se orientan al pago por prestaciones, lo que presiona a un incremento de los costos e impide dar solución global a los problemas de salud de la población"[56].

56 Comisión Presidencial de Salud, op. cit.

El Ministerio de Salud, en sus Objetivos Estratégicos para la década pasada y la actual, incluye retos y desafíos que tienen que ver con las brechas en salud y en el acceso a las acciones de salud entre grupos poblacionales: mejorar los logros sanitarios alcanzados; enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento progresivo de la población y de los grandes cambios sociales; disminuir las desigualdades en la situación de salud de la población; y, prestar servicios acordes a las expectativas de la población. Estos desafíos se mantienen en el Plan Nacional de Salud 2011-2020[57].

57 A la fecha de este informe, el Ministerio de Salud aún no finaliza el proceso de definición del Plan Nacional de Salud 2011-2020; sin embargo, los documentos hasta ahora elaborados contienen los objetivos sanitarios de la década pasada a los cuales agrega: fortalecer la estructura y desempeño del sistema en general y del sector público en particular; fortalecer la protección social en salud, la equidad y el acceso a servicios; mejorar el financiamiento y la gestión del sistema público de salud, las garantías y derechos de la ciudadanía respecto al acceso a la salud, revisar el sistema ISAPRE y las políticas y gestión en materia de medicamentos; reparar la infraestructura dañada por el terremoto 2010. Disponible en: www.minsal.cl



DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN



3 DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

ANTECEDENTES

En su Informe 2010 el INDH incluyó entre los retos en derechos humanos "la encrucijada en la que se encuentra el país en relación con el respeto al medio ambiente. Junto con los avances que significan contar con una ley y una institucionalidad en esta materia, no es menos cierto que es menester sopesar de manera racional y con respeto al entorno, las necesidades actuales y las que tendrán las generaciones futuras de manera que el desarrollo económico actual no sea obstáculo a la sustentabilidad del Chile futuro"[1].

Durante el año, el INDH se propuso, a través de los diálogos regionales sostenidos con organizaciones de la sociedad civil y autoridades locales, recabar información sobre las situaciones ambientales que de acuerdo a la percepción ciudadana estuvieran afectando los derechos humanos, y se visitaron zonas de comprobado daño ambiental, como el área afectada por contaminación con polimetales en Arica y la bahía de Ventanas en la región de Valparaíso.

En atención a la necesidad de avanzar hacia un enfoque integral de los derechos humanos y de contar con una base cierta de seguimiento y medición de su cumplimiento, el Instituto decidió desarrollar una primera aproximación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, revisar la normativa nacional e identificar los principales ámbitos en que está presente el conflicto ambiental desde una perspectiva de derechos humanos.

1 INDH, Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile, pág. 16.

1. ASPECTOS NORMATIVOS

Kofi Annan, secretario general de las Naciones Unidas entre 1997 y 2006, bautizó la época actual como la era de la democracia ambiental, y como uno de sus hitos más destacados la adopción del Convenio de Aarhus, sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales (Dinamarca 1998). La afirmación cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que son pocos los instrumentos internacionales vinculantes que reconozcan al medio ambiente como derecho humano.

Frente a los escasos instrumentos internacionales vinculantes que reconozcan al medio ambiente como un derecho humano, los órganos jurisdiccionales –como la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos– han "enverdecido" (greening) ciertos derechos –como la vida, la salud o la vida privada y familiar–, o incluso han considerado justificado limitar ciertos derechos humanos –como a la propiedad– para la protección del medio ambiente.

Del conjunto de los instrumentos internacionales, la relación más estrecha entre los derechos humanos y medio ambiente está en la Declaración de Estocolmo de 1972, que reconoce a las personas el "derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras" (Principio 1)[2]. Diez años después, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Carta

2 Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1.

Mundial de la Naturaleza[3], y luego en 1992 , en la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo[4] (Cumbre de Río) promulgó la Declaración de Principios de Río, cuyo principio 10 sentará las bases para el Convenio de Aarhus: "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

Por su parte, del conjunto de tratados de derechos humanos que reconocen de alguna manera el derecho a un medio ambiente libre de contaminación destacan el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajado (OIT, 1989)[5]; la Convención de los Derechos del Niño de 1989[6]; y el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador)[7].

La Convención de Aarhus es el instrumento internacional vinculante más importante pues establece estándares mínimos sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas medio ambientales[8]. A pesar de tratarse de un instrumento eminentemente paneuropeo, se encuentra abierto a cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas.

Los estándares englobados en la Convención de Aarhus son concordantes con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en particular el estándar de acceso a la información ambiental. En esta materia, la primera sentencia de la Corte IDH fue contra el Estado de Chile, en el año 2006, que se originó ante la negativa de parte de la administración chilena de garantizar el acceso a la información ambiental asociada a un proyecto de inversión extranjera cuyo objetivo era la tala de bosque virgen en la Patagonia[9].

En su sentencia, la Corte IDH consideró que la información parcial entregada a los requirentes –Claude Reyes y otros–, violó, entre otras disposiciones, el derecho a la libertad de expresión previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos en su dimensión de acceso a la información. Como resultado, el Estado incorporó el reconocimiento de este derecho en la Constitución Política[10], y promulgó la Ley Nº 20.285 sobre transparencia y *acceso a la información pública*, que regula el principio de transparencia de la función pública y el derecho de las personas a acceder a la información de los órganos de la administración del Estado.

La reflexión de la Corte IDH está en sintonía con el estándar de información contenido en la Convención de Aarhus. En forma específica, el convenio entrega una definición de lo que debe entenderse por información sobre medio am-

3 Carta Mundial de la Naturaleza. Res. 37/7 de 28 de octubre de 1982.

4 Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, UN Doc.A/CONF.151/26/Rev.1.

5 Reconoce a los pueblos originarios, principalmente en su artículo 15 en relación con el 6 y 7, derechos a la conservación del medio ambiente y el acceso, uso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios.

6 Artículo 24.2.c): "Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente".

7 Artículo 11: (1) "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos"; y (2) "Los Estados Parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente". Sin embargo, sólo los derechos a la educación y al trabajo pueden ser objeto de peticiones individuales. En consecuencia, el único sistema de protección contemplado en el Protocolo es la obligación de los Estados de elaborar informes periódicos sobre los cuales la Comisión podrá realizar las observaciones pertinentes.

8 La Convención, como todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, no es expresión de estándares máximos, sino de mínimos que pueden por consiguiente ser elevados por los Estados Parte al momento de su implementación (art 3, nº 5).

9 Corte IDH, sentencia caso Claude Reyes y otros vs. Chile, 19 de septiembre 2006.

10 Ley N° 20.050, nuevo artículo 8 de la Constitución: "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilizan. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

biente: i) aquella relativa al estado del medio ambiente y de sus elementos; ii) la de emisiones e inmisiones; y iii) sobre la salud de las personas en función de la calidad del medio ambiente (art.2 nº 3). Las obligaciones del Estado respecto de este derecho son: poner a disposición la información; y, recoger y difundir información ambiental.

Respecto de la participación pública, la Convención distingue tres situaciones donde la misma procedería: en las decisiones relativas a actividades particulares (art. 6 sobre "actividades específicas"); en planes, programas y políticas relativos al medio ambiente (art. 7); y, durante la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general (art. 8). Respecto de las primeras, Aarhus exige que esta participación cuente con un plazo razonable y se lleve a cabo al inicio del procedimiento para poder ejercer una influencia real, que las consultas sean gratuitas y que el proceso mismo de participación pueda realizarse por escrito o en audiencias orales. Tanto para actividades específicas como en la elaboración de disposiciones reglamentarias, la Convención señala expresamente que la participación "debe ser tenida debidamente en cuenta" o "se tendrán en consideración en todo lo posible", respectivamente.

En relación al derecho de acceso a la justicia, en este caso a la justicia ambiental, la Convención estipula que "cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, que toda persona que estime que su solicitud de información en aplicación del artículo 4 no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido una respuesta suficiente, o que, por lo demás, la misma no ha recibido el tratamiento previsto en las disposiciones de dicho artículo, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley" (art. 9, nº 1). Más adelante agrega que cualquiera que tenga un "interés suficiente" o invoque "la lesión de un derecho" podrá interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que se encuentre dentro del ámbito de los derechos consagrados en dicho Convenio (art. 9, nº 2).

Cabe señalar que uno de los problemas más relevantes en torno a la efectividad del acceso a la justicia ambiental dice relación con los procedimientos contemplados en la legislación interna de cada país y los plazos para resolver este tipo de situaciones. Tal es el caso de la Central Hidroeléctrica Ralco, que después de muchos años de tramitación judicial –particularmente por iniciativa de familias pehuenches que se veían afectadas en su territorio por la construcción de la central–, se anuló la resolución que autorizaba la construcción de la represa. A esas alturas el proyecto estaba construido y operando, por lo que no existía ninguna posibilidad de hacer efectiva la sentencia judicial.

En el caso de Chile, la Constitución incorpora el vivir en un medio ambiente libre de contaminación dentro del catálogo de derechos fundamentales. Nuestro país cuenta con legislación medioambiental específica desde 1994, año en que se adoptó la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. La norma fue objeto de una importante reforma en 2010, con la promulgación de la Ley Nº 20.417 que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Estas disposiciones junto con la Ley sobre transparencia y acceso a la información pública constituyen la base normativa respecto de la cual revisar los estándares antes descritos.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Además del reconocimiento en el artículo 8 de la Constitución Política, este derecho está normado a través de la Ley Nº 20.285 de Acceso a la Información Pública, que regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, crea el Consejo para la Transparencia y norma los procedimientos para el ejercicio y amparo del derecho, y las excepciones a la publicidad de la información (art. 1). En sus disposiciones establece que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la administración del Estado, la cual comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos, acuerdos y a toda información elaborada con presupuesto público, salvo excepciones legales (art. 10). En

el tiempo transcurrido desde la aprobación de esta ley, ya existen decenas de decisiones de amparo adoptadas por el Consejo para la Transparencia[11], entre ellas, aquella que requirió al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) por solicitud de información relativa al proyecto Hidroaysén[12].

Por su parte, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente dispone que: "toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la administración" (art. 31 bis)[13]. La norma es particularmente relevante en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que tiene por objeto evaluar los posibles efectos que un determinado proyecto pueda causar sobre el medio ambiente, los recursos naturales, la salud de las personas, los sistemas de vida de algunas comunidades como también sobre los valores turísticos o culturales de algunas zonas del país, y establecer medidas de mitigación, restauración y compensación en caso de que el proyecto no se haga cargo de sus impactos negativos. En el contexto del SEIA, el derecho de acceso a la información es una importante herramienta para la población en general y en especial para aquella que, en razón del desarrollo de ciertas actividades productivas, pueda ver afectado su entorno, su sistema de vida o su salud.

11 Las decisiones de amparo pueden revisarse en la página web http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/edic/base/port/inicio.html.

12 Rol C124-11 de 4 de febrero de 2011.

13 La ley define como información ambiental: "toda aquella de carácter escrita, visual, sonora, electrónica o registrada de cualquier otra forma que se encuentre en poder de la Administración y que verse sobre las siguientes cuestiones: a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, los paisajes, las áreas protegidas, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados; y la interacción entre estos elementos. b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente señalados en el número anterior. c) Los actos administrativos relativos a materias ambientales, o que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), y las medidas, políticas, normas, planes, programas, que les sirvan de fundamento. d) Los informes de cumplimiento de la legislación ambiental. e) Los análisis económicos, sociales, así como otros estudios utilizados en la toma de decisiones relativas a los actos administrativos y sus fundamentos, señalados en la letra c). f) El estado de salud y seguridad de las personas, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio cultural, cuando sean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o por cualquiera de los factores y medidas señaladas en las letras b) y c). g) Toda aquella otra información que verse sobre medio ambiente o sobre los elementos, componentes o conceptos definidos en el artículo 2º de la ley".

El deber de información contemplado en las leyes de medio ambiente (Ley Nº 19.300 y Ley Nº 20.417) se relaciona con la obligación que asiste a los órganos de la Administración del Estado de transparentar y respetar la publicidad de todos sus actos y facilitar el acceso de toda persona a esta información. De este modo, resulta aplicable en materia ambiental la reclamación que pueden interponer quienes vean vulnerado este derecho: "cualquier persona que se considere lesionada en su derecho a acceder a la información ambiental podrá recurrir ante la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública" (art. 31 quáter, Ley Nº 19.300).

En relación a la necesidad de producir información y a la obligación del Estado de ponerla a disposición, constituye un avance de cumplimiento la especificación de los contenidos del Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA), a través del artículo 31ter y el respaldo que le da a este instrumento la Ley sobre transparencia y acceso a la información pública, a cargo del Ministerio de Medio Ambiente. Se trata de un conjunto de bases de datos tanto cartográficos como gráficos, documentales y legales, equipos informáticos y humanos, y programas y procedimientos dedicados a gestionar la información acerca del ambiente y los recursos naturales del país, de manera integrada e interpretable. El sistema no ha alcanzado su desarrollo óptimo pues no se han implementado aún todas las exigencias que establece la nueva ley.

Por último, es necesario mencionar la relevancia que tiene que la información que se genera y entrega a la ciudadanía sea clara. En materias que tienen dimensiones tan técnicas como la medioambiental, el acceso a la información puede llegar a ser de poca utilidad si la documentación que se entrega posee grados de sofisticación técnica o científica que sólo una persona experta puede comprender. El Estado, por tanto, debe garantizar que la información entregada a las comunidades afectadas y personas interesadas sea de fácil comprensión.

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA TOMA DE DECISIONES AMBIENTALES

La ley medioambiental de 2010 amplió los espacios de participación ciudadana en varios ámbitos, siendo los más sustanciales los relativos a los procesos de evaluación ambiental de los proyectos de inversión y a la evaluación ambiental estratégica para políticas, planes y programas, aún no implementada.

En efecto, el Servicio de Evaluación Ambiental[14] (SEA), que tiene a su cargo la administración del SEIA, debe garantizar un funcionamiento descentralizado y hacer de la participación ciudadana un pilar fundamental del sistema. Las observaciones a los proyectos que analice el Servicio, tanto respecto de los Estudios como de las Declaraciones de Impacto Ambiental[15], pueden provenir de organizaciones ciudadanas y personas naturales (sin restricción a afectación directa), y la autoridad tiene la obligación de ponderarlas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Las organizaciones o personas que hayan presentado una observación pueden presentar un Recurso de Reclamación si estiman que ésta no fue bien considerada. Las autoridades competentes son el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en el caso de una Declaración, o el Comité de Ministros para la Sustentabilidad[16] cuando se trata de un Estudio; de lo resuelto por estos organismos podrá reclamarse ante un Tribunal Ambiental.

Lamentablemente, el procedimiento de tramitación de estos recursos ha resultado ser en la práctica excesivamente largo; es bastante común que los recursos de reclamación de las RCA duren de un año o más. Esta situación, sumada al hecho que la interposición del recurso no suspende los efectos de la RCA, genera no sólo la ausencia de un procedimiento rápido sino el riesgo que la decisión del órgano competente no sea oportuna ni permita adoptar remedios adecuados para la solución del caso.

En materia de participación, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) se ha erigido a veces como causante de emblemáticos conflictos ambientales. En efecto, la administración pública y las empresas involucradas en los proyectos reconocen con dificultad la obligación de abrir espacios de participación en la toma de decisiones respecto de actividades específicas, como en el caso de proyectos de inversión. Algunos ejemplos de las dificultades que enfrentan las comunidades afectadas son los limitados tiempos para presentar observaciones en estos procesos de consulta, o que éstas pueden sólo formularse en determinados momentos de los procesos de tramitación de los estudios o evaluaciones ambientales, el lenguaje excesivamente técnico de los materiales a analizar, o los horarios de las reuniones poco convenientes para personas que trabajan.

Teniendo en cuenta que los avances de la ley aún no se concretan por demoras en la promulgación de varios reglamentos, es necesario enfatizar la relevancia de dar a la ciudadanía peso específico similar al que tiene la opinión de especialistas. Si la participación no es incorporada y tenida debidamente en cuenta, es probable que los conflictos socioambientales aumenten. La tarea está pendiente.

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN TEMAS AMBIENTALES

Las acciones jurisdiccionales contempladas en el ordenamiento jurídico nacional en materia medioambiental son el recurso de protección y la demanda por daño ambiental.

La Constitución consagra "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza" (art. 19, n°8), y dispone que cuando este derecho sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada será procedente el recurso de protección.

A pesar que el recurso de protección es por esencia una acción de tramitación rápida con el objeto de restablecer el imperio del derecho vulnerado, en materia ambiental se ha transformado en un procedimiento de lato conocimiento

14 Artículo 80 de la Ley N° 19.300 de Bases Generales de Medio Ambiente.

15 Con anterioridad a la reforma, las observaciones solo cabían respecto de los Estudios de Impacto Ambiental. Se amplía esta potestad también a las Declaraciones que generen "cargas ambientales" para las comunidades próximas, siempre que tal participación la soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica o diez personas naturales directamente afectadas.

16 Integrado por los Ministros de Medio Ambiente, Salud, Economía, Agricultura, Energía y Minería.

dado que es necesario presentar informes elaborados por especialistas, en muchos casos no sólo jurídicos sino también científicos. Esto ha llevado a que los tiempos en los procesos de los recursos de protección ambiental sean extensos, lo que implica que la medida que adopte eventualmente el tribunal muy probablemente no será oportuna. Ello se refuerza con el hecho que, en muy pocas ocasiones, los tribunales están dispuestos a adoptar medidas que impliquen la paralización de una actividad contaminante o la suspensión de los efectos de un acto administrativo, antes de resolver el recurso en cuestión, como queda claro en el caso de Ralco.

Por su parte, la Ley de Bases del Medio Ambiente define daño ambiental como toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido (por acción u omisión) al medio ambiente o a uno o más de sus componentes (art. 2, e), frente al cual dispone que "todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, responderá del mismo en conformidad a la presente ley" (art. 51).

El daño ambiental tiene naturaleza colectiva y difusa en la medida que comprende un gran número de víctimas potenciales. Existe indudablemente un interés público involucrado: el daño afecta a la sociedad en su conjunto incluyendo a las generaciones futuras. Sin embargo, la legislación chilena sólo autoriza interponer una demanda ambiental a quien demuestre interés actual en el juicio, es decir: las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que hayan sufrido el daño o perjuicio; las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas; y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado (art. 54).

Tanto respecto del recurso de protección como de la demanda por daño ambiental, los órganos judiciales competentes son tribunales ordinarios de justicia que carecen de experiencia, conocimientos y tiempo suficiente para abordar la complejidad jurídica, científica y social de los conflictos ambientales. La creación de los tribunales ambientales en el país, actualmente en trámite parlamentario[17], permitiría reforzar el cumplimiento de este estándar, sin perjuicio que desde ya se previene que seguramente serán insuficientes tres tribunales para todo el país si se tiene en cuenta la cantidad y magnitud de los conflictos que han existido hasta ahora. La importancia de su aprobación no sólo se radica en la existencia y operatividad de dichos tribunales sino también en la Superintendencia de Medio Ambiente, cuya vigencia se encuentra supeditada a su aprobación. Hoy en día no existe capacidad en la institucionalidad de fiscalizar y sancionar a quienes no cumple lo establecido en la nueva ley ambiental.

Lo hasta aquí expuesto muestra que en materia de estándares y normativa ambiental el país ha avanzado, aunque no de manera armónica y simétrica. Luego de la modificación constitucional de 2005 y, en particular, de la adopción de la ley de transparencia, Chile está en mejores condiciones de garantizar el derecho de acceder a información a toda persona o agrupación ciudadana interesada en temas ambientales. Si bien persisten problemas, lo cierto es que ante la ausencia regulatoria previa, el escenario actual es mejor. Sin embargo, el problema es que este derecho está fuertemente relacionado con el de participación y de acceso a la justicia ambiental. Por lo tanto, mientras continúen estos dos últimos en estadios más deficitarios, el acceso a información puede ser muchas veces inoperante.

2. RECIENTES CONFLICTOS AMBIENTALES EN CHILE

Desde la entrada en vigencia del reglamento del SEIA en diciembre 2002, es posible graficar en varios casos las falencias existentes y las tareas que aún quedan pendientes relativas a la participación ciudadana y el acceso a la información, que repercuten directamente en aspectos sustantivos del derecho a un medio ambiente libre de contaminación. La presentación que se desarrolla a continuación no es exhaustiva[18]; la vulneración al medio ambiente tiene antecedentes en todas las regiones del país. Se han escogido, más bien, aquellos que permiten ver las dificultades de la actual legislación desde los derechos a información, participación y acceso a un recurso judicial eficaz en casos de vulneración, y los conocidos por el INDH en misiones de observación o

17 Boletín Nº 6747-12 ingresado al Senado el 3 de noviembre de 2009.

18 Otros conflictos relevantes de los que no se da cuenta aquí se refieren al proyecto minero binacional Pascua Lama y el Caso de la Central Termoeléctrica Castilla.

que fueron presentados por la sociedad civil en los diálogos regionales desarrollados por la institución durante el 2011.

CASO PLOMO DE ARICA

El caso "Plomo de Arica" resulta paradigmático a la hora de ponderar la debida garantía de acceso a la información. Tal como dan cuenta sus hechos, la Sociedad Promel Ltda., entre los años 1984 y 1989, importó desde Suecia a Chile, en particular a Arica, más de 20.000 toneladas de residuo para su tratamiento bajo el caratulado de "barros con contenidos metálicos", gestión que recibió la autorización del Servicio de Aduanas y del Servicio de Salud. Los desechos quedaron almacenados en un sector al noreste de Arica, a la intemperie, sin fiscalización, tratamiento, ni resguardo sanitario alguno. Los desechos no eran "barros con contenido metálico" propiamente tal, sino más bien plomo y arsénico, agentes nocivos para la salud. La situación se agravó dado que el Servicio de Vivienda y Urbanismo (SERVIU), con posterioridad a la disposición, entre los años 1989 y 1996, inició la construcción en el sector de las poblaciones Los Industriales y Cerro Chuño compuestas por viviendas básicas, prebásicas y progresivas, donde se localizaron aproximadamente 12.000 personas del segmento socioeconómico medio-bajo y bajo[19].

En este sentido, el Estado incumplió la obligación de proteger a la población de la contaminación; y, con el deber que tiene de difundir inmediatamente y sin demora entre los afectados y los demás servicios públicos, toda aquella información que hubiere permitido tomar medidas para prevenir y limitar los daños derivados de la contaminación por plomo y arsénico (cefaleas crónicas, dolor de huesos y articulaciones, enrojecimiento de encías, entre otros).

Sin perjuicio que en 1997 el Servicio de Salud de la región trasladara la totalidad de los materiales acumulados, la Corte Suprema –confirmando y ampliando el fallo de la Corte de Apelaciones de Arica–, resolvió en mayo de 2007 que el Estado de Chile debía indemnizar por concepto de daño moral a 356 pobladores por un total de 2.848 millones de pesos (8 millones por persona), por cuanto quedó "comprobado, y no fue cuestionado, que el Servicio de Salud de Arica no adoptó oportuna y eficientemente las medidas necesarias para resguardar la salud de las personas"[20].

El caso Plomo en Arica, como se aprecia, ha sido uno de los casos ambientales con repercusiones más evidentes en la vida y salud de las personas. El 25 de marzo de este año, el INDH pudo comprobar in situ que la reparación a las víctimas aún no se ha completado a cabalidad; las familias afectadas han solicitado la reubicación de las casas a un sector libre de contaminación, que los centros de salud cuenten en forma permanente con especialistas que atiendan las enfermedades que ha producido la contaminación, y la realización de nuevos estudios epidemiológicos, entre otras medidas[21].

CASO VENTANA-PUCHUNCAVÍ

La localidad de Ventana, comuna de Puchuncaví, es uno de los casos más representativos, pero a la vez menos cubiertos por los medios de comunicación, de daño ambiental a nivel nacional; constituye una de las deudas ambientales más desproporcionadas a nivel país, con dimensiones patrimoniales, laborales y de salubridad. Sus habitantes no han recibido, hasta el día de hoy, una debida compensación por el problema ambiental que se registra desde hace 18 años, cuando fue declarada zona saturada de anhídrido sulfuroso y material particulado respirable.

En este contexto, el 1 de agosto de 2007 se presentó el Proyecto Central Termoeléctrica Campiche con un potencial aproximadamente de 270 MW a conectarse con el Sistema Interconectado Central (SIC). Pese a la fuerte oposición de la comunidad y los elevados niveles de saturación, el proyecto fue aprobado con fecha 29 de abril de 2008, siendo posteriormente impugnado vía recurso de protección ambiental,

19 Hervé, Dominique y Pizarro, Carlos. La responsabilidad civil derivada del daño ambiental: Notas sobre el caso del plomo en Arica. Revista Justicia Ambiental de la Fiscalía Nacional del Medio Ambiente N° 1, 2009, págs. 270-273.

20 Ibídem, pág. 271.

21 En el Diálogo Regional en Arica y Parinacota, organizado por el Instituto el 24 y 25 de marzo pasado, se visitó el sector Cerro Chuño y se tuvo un encuentro con las víctimas de contaminación con metales pesados. El gobierno se ha comprometido a neutralizar la fuente de contaminación, dar tratamiento especial y privilegiado en el Hospital Juan Noé a las personas que han sufrido daños en su salud, e implementar un plan extraordinario de relocalización de las familias más vulnerables afectadas, entre otras medidas (Encuentro del Presidente Piñera con dirigentes sociales y de la comunidad el 7 de junio de 2010). Varias de estas medidas están aún pendientes de ejecución.

pues la central pretendía asentarse en un área que, desde la perspectiva de la planificación territorial solo admitía el desarrollo de áreas verdes y de recreación, cuestión que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y confirmada por la Corte Suprema[22].

Con el argumento de evitar una mala señal a las inversiones extranjeras, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo modificó la ordenanza general de urbanismo y construcciones sobre el uso del suelo de actividades productivas, lo que permitió subsanar el vicio de nulidad que estableció la Corte y admitió al proyecto retomar sus obras[23].

El 23 de marzo del presente año, las emanaciones tóxicas provenientes de la refinería de Codelco en la División de Ventanas generaron la intoxicación por inhalación de estudiantes y profesores/as de la escuela La Greda, en Puchuncaví, que debió cerrar temporalmente sus puertas. El gobierno propuso la reubicación del establecimiento escolar a una zona libre de gases tóxicos. El INDH realizó una misión de observación a la zona el 14 de septiembre de 2011, y conoció las alternativas de traslado del establecimiento educacional, todas en lugares cercanos. Con esta medida solo se lograría que niños, niñas, y la planta docente, disminuyeran el riesgo de exposición a factores contaminante durante 8 horas al día, lo que no termina de resolver el problema de falta de cumplimiento de la normativa ambiental.

Ventana configura una situación de injusticia ambiental evidente, por cuanto los beneficios que genera se reparten difusamente entre la sociedad toda, mientras que los costos ambientales son soportados por personas en situación de vulneración social y económica.

CASO CENTRAL TÉRMICA BARRANCONES

El Proyecto Central Térmica Barrancones tenía por objeto la construcción y puesta en funcionamiento de una central termoeléctrica en base a carbón, que aportaría 540 MW al SIC. Su ubicación: la comuna de La Higuera, en la zona costera de la región de Coquimbo, a una veintena de kilómetros de la Reserva Marina Isla Choros, la Reserva Marina Isla Chañaral y la Reserva Nacional Pingüino de Humboldt Isla Damas, donde habita cerca del 80% de la población mundial de estas aves actualmente en peligro de extinción.

La tramitación del proyecto da cuenta de las dificultades que persisten en la participación ciudadana frente a los proyectos de inversión. En este caso, las observaciones ciudadanas sostenían la seria amenaza a la biodiversidad marina y terrestre –capital biológico natural de la zona– y los daños que el desequilibrio ecológico provocaría a los valores ambientales, económicos, sociales y culturales del área: gran parte de la población, además de tener como fuente económica los recursos marinos, se sustenta en el atractivo turístico que ofrece esta localidad. En el proceso de ponderación de las observaciones, la autoridad ambiental las desestimó por completo[24].

El derecho a acceder a información también se vio vulnerado en el proceso: la empresa entregó CD-Room con información acerca del proyecto a los pescadores, sin tener en cuenta que en su mayoría no poseen computadores en sus casas. A lo anterior se suma que en la presentación del proyecto ante el Municipio, la empresa titular Suez Energy utilizó un Power Point en inglés, aun cuando gran parte de la población afectada no posee dominio del idioma, ni tiene por qué tenerlo. También se criticó la escasa difusión del Estudio de Impacto Ambiental, y el lenguaje excesivamente técnico que dificulta la comprensión del proyecto y sus consecuencias[25].

En cuanto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la Gobernación Marítima y la Municipalidad de la Higuera se pronunciaron en contra de la autorización ambiental[26]. El proyecto siguió adelante y fue aprobado por la COREMA de Coquimbo el 24 de agosto 2010 por 15 votos contra cuatro. Sin embargo, la presión ejercida por la

22 Guiloff, M. Campiche: es revisable la resolución de calificación ambiental. En: Couso, J. (Ed.), Anuario de Derecho Público 2010, Universidad Diego Portales, Santiago, págs. 210-211.

23 El Mostrador, El jaque mate del Ministerio de Vivienda a los vecinos de la Central Campiche, 26 de enero 2010.

24 Véase Resolución Exenta N° 098/2010 Calificación Ambiental, Anexo 1.

25 El Mostrador, Punta de Choros y participación ciudadana: una asignatura reprobada, 25 de agosto 2010; The Clinic, Lobby para instalar termoeléctrica en Punta Choros: Denuncian larga lista de irregularidades, 28 de agosto 2010.

26 Hervé, Dominique, "Las causas del conflicto por la Central Termoeléctrica de Barrancones en Punta de Choros", en: COUSO, J (Ed.), Anuario de derecho público 2010 (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 192-193.

ciudadanía y grupos ambientales hicieron que el Presidente Sebastián Piñera solicitara a Suez Energy cambiar la ubicación del proyecto. La empresa archivó el proyecto.

En adición a los derechos que eventualmente se hubieran vulnerado de persistir el emplazamiento del proyecto en Barrancones, el caso muestra la debilidad de la institucionalidad ambiental y, la directa intervención presidencial ha provocado inseguridad jurídica, política y económica en materia de proyectos de inversión. No hay garantías que no vuelva a ocurrir algo similar. Las incógnitas que Barrancones abrió siguen latentes en la actualidad, tanto respecto de los problemas estructurales que enfrenta la participación ciudadana como sobre la vigencia y cumplimiento de la regulación ambiental.

CASO PROYECTO HIDROELÉCTRICO AYSÉN[27]

El proyecto HidroAysén se propone la construcción y operación del Complejo Hidroeléctrico Aysén compuesto, en lo fundamental, por cinco centrales en los ríos Pascua y Baker, en la región de Aysén. Una vez operativas, aportarán 2.750 MW al SIC. Para su funcionamiento es condición necesaria una línea de transmisión de corriente continua de más de 2000 kilómetros de longitud, la que no fue objeto de evaluación de EIA, generando con ello una fuerte polémica por la indebida fragmentación del proyecto[28].

El proyecto fue objeto de evaluación durante tres años, dando lugar a cientos de observaciones por parte de la autoridad ambiental y miles por parte de la ciudadanía que señalaron las deficiencias del proyecto. En mayo de 2011 el proyecto fue aprobado, a pesar del rechazo de un número importante de sectores ciudadanos. Diversos estudios de opinión han mostrado la oposición a la construcción de la central, entre ellos el realizado por IPSOS en abril de 2011: 61,1% de la población consultada se manifestó en contra[29].

Durante el proceso se denunciaron irregularidades que dieron lugar a la presentación de siete recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt[30]. El pasado 6 de octubre los recursos fueron rechazados, y las partes afectadas presentaron un recurso de apelación que, al momento de la redacción de este Informe, revisa la Corte Suprema de Justicia.

La información es un componente esencial para la participación. Si bien es preciso tener en cuenta que la comunidad tuvo 60 días para formular sus observaciones por escrito a un proyecto de alta complejidad técnica, la extensión de 10 mil páginas de los documentos presentados por HidroAysén es elocuente de la complejidad de analizar en ese tiempo esa cantidad de material, que además tiene dimensiones técnicas. Muchas de las observaciones ciudadanas tuvieron que ser canalizadas por intermedio del Consejo de Defensa de la Patagonia (CDP)[31]. Aún así, las observaciones recibidas por la autoridad ambiental ascendieron a más de 10 mil, demostrando con ello la relevancia y preocupación que generó el proyecto en la población de Aysén y a nivel nacional.

Una particularidad de este caso dice relación con que, a diferencia de otros conflictos medioambientales, en este se ha producido una confrontación entre grupos con amplios y cuantiosos recursos por ambos lados. La oposición al proyecto está conformada por organizaciones fuertes que han logrado movilizar recursos para desarrollar campañas masivas y sostenidas de información y sensibilización ciudadana, logrando con ello un amplio rechazo a la construcción de las hidroeléctricas. Por su parte, las empresas vinculadas al proyecto también han implementado estrategias comunicacionales para influir en la opinión pública.

27 Desde la perspectiva de la justicia ambiental y de los derechos humanos en relación con este caso, véase Arístegui, Juan Pablo, "Energía, Justicia Ambiental y Derechos Humanos". En: Informe Anual sobre Derechos Humanos 2011, Universidad Diego Portales, Santiago.

28 Revista del Abogado, HidroAysén ¿Crecimiento para Chile o daño ambiental irreversible, julio 2011.

29 IPSOS, Estudio de Opinión Pública, 2011, pág. 43.

30 De estos recursos, cuatro fueron presentados por el Consejo de Defensa de la Patagonia, y los otros tres por la Asociación Gremial de Organizaciones de pescadores Artesanales de Aysén, la Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia y otras organizaciones de vecinos afectados. Las materias que motivaron la presentación de los recursos fueron: Hidroaysén presentó información esencial al proyecto en las Adendas y no en el Estudio de Impacto Ambiental, con lo cual las poblaciones afectadas quedaron imposibilitadas de presentar observaciones; y, la Comisión Regional del Medio Ambiente colocó como condición evaluar impactos importantes luego de aprobado el proyecto. Entre estos, la evaluación de los fenómenos GLOF (así se denomina a la rotura de las morenas que contienen los lagos glaciales y que provoca gran vaciamiento de agua), la fluctuación de caudales y los cambios demográficos que provocaría la implementación del proyecto.

31 El Consejo de Defensa de la Patagonia es un colectivo de organizaciones sociales creado el 3 de agosto del 2007, que agrupa a setenta organizaciones de diversa índole, tanto nacionales como internacionales. y que tiene por finalidad resguardar el patrimonio natural de la Región de Aysén, siendo "Patagonia Sin Represas" su campaña más popular. Véase: http://www.patagoniasinrepresas.cl

Igualdad y no **Discriminación**

1. Derechos de las Personas con Necesidades Especiales
2. Derechos de las Personas Adultas Mayores
3. Derechos de las Personas Migrantes
4. Trata de Personas
5. Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
6. Diversidades Sexuales

INTRODUCCIÓN

El derecho a la igualdad y no discriminación constituye un elemento fundamental de las democracias modernas. En términos generales, se trata del horizonte normativo que recorre la historia de los Estados desde el siglo XIX en adelante, y que tiene como postulado central la pérdida de todo privilegio y el igual valor de todas las personas.

En este proceso histórico, las demandas por mayor igualdad y no discriminación están imbricadas en los procesos de construcción de ciudadanía, en donde los estudios en el campo identifican diversas etapas, con órdenes diversos para cada país, en los cuales se han reconocido progresivamente los derechos políticos, civiles y económicos, sociales y culturales. Así, el reconocimiento de derechos para todas las personas sin discriminación ha sido producto de luchas y demandas históricas, las que se han enriquecido y complejizado en el marco de las democracias actuales.

En este proceso, la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos de las personas sin discriminación de ninguna índole se ha plasmado en cláusulas que prohíben la discriminación en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, las que reconocen las especificidades de diferentes grupos y colectivos discriminados. Como se dio cuenta en el Informe 2010, si bien el reconocimiento de la condición de igualdad y la prohibición de discriminación está presente de modo general en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es a partir de instrumentos particulares que se especifica su contenido. Esto ocurre, por ejemplo, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) a partir de 1965, en la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) a partir de 1981, y a través de la Observación General N°18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el año 1989.

Así, en la Observación mencionada, el Comité indicó que la prohibición de discriminación "debe entenderse referida a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".

Es porque todas las personas son diferentes que resulta necesario garantizar que gocen de sus derechos en igualdad de condiciones. La discriminación sobre la base de la raza, el sexo, el género, la clase social o la nacionalidad, entre otros, se basa en un conjunto de concepciones socioculturales que sobre la base de prejuicios y estereotipos limitan el ejercicio igualitario de los derechos de ciertos grupos y personas. No prevenir ni sancionar las acciones discriminatorias refuerza y reproduce las situaciones de desigualdad y exclusión.

La promoción de la igualdad y la no discriminación, desde una perspectiva que reconoce las diferencias entre las personas, es uno de los grandes desafíos para el Estado de Chile y condiciona la posibilidad de que el país se desarrolle de forma armónica. Durante este año hemos asistido a la emergencia pública de problemas y reivindicaciones de grupos que demandan superar las situaciones de discriminación que los afectan, como es el caso de los pueblos indígenas o de los estudiantes que reclaman por las garantías de su derecho a la educación, entre otros.

La Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2011 del INDH permite señalar que los y las chilenas perciben que existen importantes situaciones de desigualdad y discriminación; de hecho, un 75% señala que en Chile no se aplica la ley a todos por igual; un 80% de las personas sostiene que los jóvenes confunden demasiado fácilmente libertad con libertinaje; un 57% de las personas considera que muchas personas son pobres porque no se esfuerzan lo suficiente para surgir; y un 40% comparte que un problema importante en su comuna es que ha llegado mucha gente de otras partes que tienen malas costumbres. En todo caso, y a pesar de esta percepción que evidencia problemas de discriminación y de prejuicios hacia sectores específicos, los/las encuestados no los reconocen como un problema de derechos humanos. Un 47% de las personas percibe la discriminación como algo normal, y un 25,5% se percibe a sí misma como discriminadora y muy tolerante con la discriminación.

Un aspecto de vital importancia para que las obligaciones del Estado de promover la igualdad sustantiva y erradicar la discriminación se traduzcan en acciones consistentes es que tanto el Poder Ejecutivo como el Judicial y el Legislativo incorporen estos principios en el diseño e implementación de políticas y demás acciones propias de su quehacer, poniendo especial atención en los grupos históricamente vulnerados.

Esto puede requerir, en ocasiones, el desarrollo de acciones específicas, adicionales, para compensar resultados indeseados o eliminar situaciones de discriminación. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto"[1].

Existen diversos ejemplos de tratos preferenciales a los que alude el Comité. Por ejemplo, las medidas para que en todos los registros civiles del país haya carteles indicativos en castellano y mapudungun u otra lengua indígena predominante de cada lugar; o las medidas de adecuación del transporte público para personas con necesidades especiales, o también aquellas destinadas a que las noticias televisadas cuenten con una persona que presente las mismas en lenguaje de señas.

Otro tipo de medidas especiales son las llamadas acciones afirmativas. Dentro de estas las más conocidas son, por ejemplo, las que reservan cupos en las escuelas o universidades para alumnos y alumnas provenientes de grupos históricamente desaventajados. Otra medida de acción afirmativa es la política de reservar cupos que garanticen espacios para las mujeres en las listas de candidaturas electorales. De este modo, lo que se busca a través de estas medidas es paliar las circunstancias que mantienen a ciertos grupos y personas en una persistente situación de desigualdad.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, los procesos que mejoran de forma sustantiva las condiciones de igualdad entre las personas y previenen la discriminación son aquellos que se basan en una concepción que propende a fortalecer la autonomía y el reconocimiento de sus derechos, evitando las acciones del Estado que establecen un lazo asistencial. Así, una parte fundamental de la consagración de los derechos humanos y de estos principios apunta justamente a contribuir a la emancipación y al pleno ejercicio de la autonomía de las personas en el desarrollo de sus planes de vida.

Finalmente, un aspecto relevante para mejorar las condiciones de igualdad y no discriminación, más allá de los esfuerzos del Estado, es el rol que cumplen las organizaciones sociales y de la sociedad civil, instituciones académicas, de investigación y partidos políticos, en contribuir a la visibilización de situaciones de discriminación. La creación de los instrumentos internacionales contra la discriminación mencionados anteriormente se explica en buena medida a partir de las demandas que personas y grupos particulares lograron hacer llegar a las instancias internacionales, activando una respuesta institucional para cubrir los déficits existentes hasta el momento. Del mismo modo, la sociedad civil y los

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General N°18, 1989, párrafo 10.

partidos políticos a nivel local juegan un rol esencial en la red que es necesario componer a los fines de transformar la cultura, sus instituciones y prácticas en una matriz más inclusiva de todos los grupos y personas que habitan el país.

Este capítulo analiza las principales características de la situación de los derechos humanos de grupos que están más expuestos a la discriminación, en particular aquellas personas que viven con necesidades especiales, las personas adultas mayores, la población migrante en el país, el crimen de trata de personas, las diversidades sexuales y la situación de niños, niñas y adolescentes. La diversidad de ámbitos analizados cristaliza la variedad de formas que adopta la discriminación y que afectan las condiciones de igualdad entre distintos grupos y personas.

1

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES



1 DERECHOS DE LAS PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES

ANTECEDENTES

Los hombres, mujeres, niños y niñas con necesidades especiales constituyen un grupo de población en situación de vulneración expuesto a dificultades excepcionales en el disfrute y goce de sus derechos fundamentales. Dicha situación de vulnerabilidad se expresa, de acuerdo a la evidencia disponible, en su baja participación en el mercado laboral, y en las dificultades de acceso en condiciones de igualdad y no discriminación, entre otros, a la educación, la salud y los espacios públicos.

Prologando el Informe Mundial Sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (2011), Stephen W. Hawking, uno de los más brillantes astrofísicos contemporáneos aquejado de una neuropatía motora severa durante casi toda su vida, ha señalado a partir de reflexionar sobre su propia experiencia, que "[…] tenemos el deber moral de eliminar los obstáculos a la participación y de invertir fondos y conocimientos suficientes para liberar el inmenso potencial de las personas con discapacidad. Los gobiernos del mundo no pueden seguir pasando por alto a los cientos de millones de personas con discapacidad a quienes se les niega el acceso a la salud, la rehabilitación, el apoyo, la educación y el empleo, […]"[1].

Durante mucho tiempo se entendieron y explicaron las brechas en el ejercicio y goce de los derechos de este sector de la población como la consecuencia natural e inevitable de las carencias derivadas de las condiciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que las afectan. Tal concepción llevó a adoptar, en la perspectiva del diseño e implementación de políticas públicas, medidas de carácter asistencialista sin atender a la condición de sujetos de derechos y a considerar el acceso a los derechos fundamentales como un asunto meramente de salud. En el último tiempo, fundamentalmente con motivo de la influencia del movimiento de promoción y protección de los derechos de personas con necesidades especiales, se ha avanzado en entender la situación de este colectivo como un asunto de derechos humanos[2].

El cambio en esta percepción se recoge inicialmente en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad[3] y se cristaliza en los instrumentos internacionales de derechos humanos: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, instrumentos internacionales ratificados

1 Resumen del Informe Mundial sobre la Discapacidad. Organización Mundial de la Salud. Ginebra 2011. pág. 1.

2 "Hacia fines del decenio de 1960, las organizaciones de personas con discapacidad que funcionaban en algunos países empezaron a formular un nuevo concepto de la discapacidad. En él se reflejaba la estrecha relación existente entre las limitaciones que experimentaban esas persona, el diseño y la estructura de su entorno y la actitud de la población en general". Naciones Unidas, Resolución A/RES/48/96 de 4 de marzo de 1994. párrafo 5.

3 Organización de Naciones Unidas, A/RES/48/96. 4 de marzo de 1994.

y vigentes en Chile[4]. Ellos sitúan las dificultades de acceso y disfrute efectivo de los derechos fundamentales de las personas con necesidades especiales en el entorno y conducta social y no en la condición que les afecta, ello como "[…] consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias […] o impide su participación en la sociedad. Sobre la base de un enfoque conocido como modelo social de la discapacidad, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce de forma explícita que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos"[5].

En nuestro país el 7,6%[6] de las personas presenta una necesidad especial en cualquiera de sus formas y grados, lo que representa a 1.254.949 personas. De ellas, 690.322 son mujeres y 564.627 son hombres. Uno de cada cinco hogares del país (21,5%) está integrado por una persona con necesidades especiales.

La prevalencia más frecuente de causales de estas condiciones especiales está dada por: dificultad física y/o movilidad (35,2%); ceguera o dificultad visual aun usando lentes (32,7%); sordera o dificultad auditiva (13,6%); dificultad mental o intelectual (9,8%) y, por último, dificultad psíquica o psiquiátrica (5,5%). Estas condiciones especiales se concentran en la población adulta mayor de 61 años (85,7%).

La desigualdad en el ejercicio de derechos que afecta a este sector de la población se refleja en los estudios censales que demuestran que el 14,2% de la población con necesidades especiales es analfabeta, en comparación al 2,4% de la población general. El 30% de este grupo no ha completado la educación básica y sólo un 6,1% ha completado la educación superior.

La población mayor de 15 años con necesidades especiales exhibe una menor tasa de participación laboral (26,4,5% vs 58,7) y una mayor tasa de desempleo (9,1% vs 7,1%) respecto del resto de la población. Hay una correlación entre los índices de pobreza y prevalencia de personas con necesidades especiales: El 12% de la población con necesidades especiales se sitúa en el decil más pobre, mientras que sólo un 4% forma parte del decil más rico del país.

Las necesidades o condiciones especiales representan una realidad dinámica y es una parte de la condición humana que no atañe únicamente a quienes la padecen, y dado el envejecimiento progresivo de la población y la prevalencia de enfermedades que inciden en su ocurrencia –accidentes cardiovasculares, diabetes, enfermedades que afectan la salud mental entre otras– será una realidad que la sociedad en su conjunto, tarde o temprano, deberá enfrentar integralmente.

El 10 de febrero de 2010 se publicó la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad. Con ello el país se dotó de una sólida normativa que recoge los principios y estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos de protección de las personas con necesidades especiales. En este marco, el INDH realizó una consulta[7] a organizaciones de y para personas con necesidades especiales de distintas regiones del país, con el fin de conocer su opinión sobre los principales problemas que afectan el ejercicio de derechos de esta población y conocer, de acuerdo a ellas, el impacto de la implementación de la Ley N° 20.422.

El presente apartado se concentra en evaluar su grado de implementación en tres aéreas específicas: accesibilidad, inserción laboral y educación. Por último, el capítulo revisa la situación de las personas víctimas de la Talidomida.

4 La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en el 29° Período Ordinario de Sesiones, el 7 de junio de 1999. Publicada en el Diario Oficial el 20 de junio de 2002. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fue adoptada por la Asamblea General de N.U. en el 61° Período Ordinario de Sesiones, el 13 de diciembre de 2006. Publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 2008.

5 Vigilancia del Cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos. Serie de Capacitación Profesional N° 17. Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionados para los Derechos Humanos. Ginebra 2010, pág. 8.

6 Todas las cifras fueron extraídas de la Encuesta Casen 2009.

7 La consulta fue realizada a 32 organizaciones de y para personas con necesidades especiales en agosto de 2011 a través del envío de un cuestionario por correo electrónico, respondiendo al estándar fijado en la Convención al señalar que los Estados partes "celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad" (art. 4, párrafo 3).

1. NORMATIVA NACIONAL: ACCESIBILIDAD, DERECHO A LA EDUCACIÓN E INSERCIÓN LABORAL

La Ley N° 19.284 del 1994[8] de integración de las personas con discapacidad reguló por primera vez en nuestro país los derechos de las personas con necesidades especiales. A una década de su entrada en vigencia y no obstante los avances que representó, el Poder Ejecutivo de la época[9] estimó necesario diseñar un marco normativo que enfrentara y se hiciera cargo de los nuevos estándares que desde el derecho internacional de los derechos humanos se venían perfilando para este sector de la población, donde "el acento debe colocarse ahora sobre el entorno social y no sobre las deficiencias de las personas, construyendo una mirada que reconozca y valore la diversidad al mismo tiempo que enfatice la efectiva igualdad de oportunidades para todos" [10].

La normativa nacional vigente define a este sector de la población como aquellas personas que "(…) teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"[11]. Dicha definición recrea la contenida en la Convención de Naciones Unidas[12].

El propósito de la ley es asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades y erradicar toda forma de discriminación con motivo de las condiciones presentes en este sector. Incluye expresamente el concepto de medidas afirmativas a fin de dar garantías de igualdad de hecho "para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social"[13]. Se debe destacar que es mediante esta ley que se reconoce expresamente en nuestro ordenamiento jurídico nacional la expresión "acción positiva". Se trata, en consecuencia, de un reconocimiento reciente pero relevante, al reconocerse por el legislador un concepto clave en el esfuerzo por superar las desigualdades de hecho[14].

Los principios rectores a los que se debe dar cumplimiento en la aplicación de la ley son los de vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social. El principio de vida independiente se asienta en la autonomía personal como fundamento para "el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad" (art. 3 literal a). La accesibilidad universal hace referencia al estándar según el cual los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas puedan efectivamente ser practicados, utilizados y comprendidos "por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad, de la forma más autónoma y natural posible" (art. 3 literal b). El diseño universal, por su parte, obliga a que todas las actividades señaladas anteriormente desde su diseño y planificación se orienten a "ser utilizados por todas las personas o en su mayor extensión posible" (art. 3 literal c). La intersectorialidad dice relación con el deber de la gestión pública de considerar transversalmente los derechos de las personas con necesidades especiales (art. 3 literal d). Por último, participación y diálogo social, representan la encarnación del principio según el cual nada de lo que se formule, planifique o ejecute en materia de políticas públicas pueda hacerse sin la concurrencia de las personas con necesidades especiales o las organizaciones que las representan.

8 Publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1994.
9 El 16 de mayo de 2005 ingresa el Mensaje del Presidente Ricardo Lagos Escobar.
10 Mensaje Presidente de la República proyecto de ley que modifica Ley N° 19.284 que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad. Boletín N° 3875-11. 16 de mayo de 2005. Historia de la Ley N° 20.422, pág. 6.
11 Ley N° 20.422, art. 7.
12 Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 1 inc. 2°.
13 Ley N° 20.422, art. 7.
14 Los artículos de esta ley que reconocen la expresión son el 7°, el 23 y el 43.
"Artículo 7º.- Se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social.
Artículo 23.- El Estado, a través de los organismos competentes, impulsará y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la eliminación de barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal.
Artículo 43.- El Estado, a través de los organismos competentes, promoverá y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la inclusión y no discriminación laboral de las personas con discapacidad, […]".

El órgano del Estado responsable de la coordinación de las políticas para el sector destinadas a promover la igualdad de oportunidades, inclusión social, participación y accesibilidad de las personas con necesidades especiales es el Servicio Nacional de la Discapacidad, creado por mandato de la Ley N° 20.422 (art. 61) que depende del actual Ministerio de Desarrollo Social. El órgano previsto en la Ley N° 20.422 en el que se encarnan los principios de participación y diálogo social es el Consejo Consultivo de la Discapacidad, integrado por cinco representantes de organizaciones de personas con necesidades especiales, un representante empresarial, un representante de organización de trabajadores y dos representantes de instituciones privadas sin fines de lucro constituidas para atender a este colectivo (art. 63). El 12 de mayo de 2011 se publicó su Reglamento[15].

Dicha ley igualmente instituye un Comité de Ministros[16] responsable de proponer la política nacional para personas con necesidades especiales así como velar por su pertinencia técnica y carácter intersectorial. En su Título IV, destinado a establecer las medias para la "Igualdad de Oportunidades" se establece entre otras acciones y medidas las: a) de accesibilidad; b) educación e inclusión social, y c) de capacitación e inserción laboral.

MEDIDAS DE ACCESIBILIDAD

Las medidas de accesibilidad se concretan, entre otras, en las obligaciones de eliminar las barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal (art. 23); la obligación de toda institución pública o privada que ofrezca servicios educacionales, de capacitación o empleo, que exijan la realización de pruebas o el cumplimiento de otros requisitos de admisibilidad, el deber de adecuarlos de manera de resguardar la inclusión y la igualdad de oportunidades (art. 24); el establecimiento de mecanismos que posibiliten a la población con necesidades auditivas el acceso a la programación tanto en la televisión abierta como por cable, "en los casos en que corresponda, según lo determine el reglamento que al efecto (…)" deberán dictar los Ministerios de Planificación, de Transportes y Telecomunicaciones y Secretaria General de Gobierno (art. 25). También se considera accesibilidad al material, infraestructura y tecnologías en las bibliotecas para personas con necesidades sensoriales (art. 27). Se estipula la garantía de accesibilidad en todos los edificios de uso público, así como al espacio público urbano, y bienes nacionales de uso público. Para el cumplimiento de esta obligación, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo debe establecer las normas a las que deben sujetarse las nuevas obras y edificaciones (art. 28). Al Ministerio de Vivienda le corresponde igualmente contemplar subsidios especiales para adquirir viviendas destinadas a personas con necesidades especiales (art. 29). Por último, se hace referencia a las garantías de acceso a los medios de transporte, incluidos una adecuada señalización, asientos y espacios, los que deberán regularse por un reglamento que dictará el misterio respectivo y Ministerio de Planificación (art. 30).

Los reglamentos a los que se refiere la ley debieron dictarse en noviembre de 2010 (art. 5° transitorio), excepto el referido a acceso de las personas con necesidades auditivas relativo al establecimiento de mecanismos destinados a asegurar a la población con necesidades auditivas acceso a la programación de los canales de televisión abierta y por cable, que debieron dictarse en el mes de agosto del año 2010. El INDH con el objeto de evaluar el nivel de implementación de estas medidas ofició al Servicio Nacional de la Discapacidad; a los ministerios de Planificación; Vivienda y Urbanismo; del Trabajo; de Transportes y Telecomunicaciones y de Educación.

En el caso del Ministerio de Vivienda y Urbanismo[17], a seis meses de haber vencido el plazo estipulado para dictar el Reglamento respectivo, se informó que se está elaborando el Decreto Supremo que promulgará las modificaciones de adecuación a los nuevos estándares fijados por le Ley N° 20.422 a ser incorporadas a la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones a fin de garantizar accesibilidad universal en relación a las edificaciones, urbanizaciones y espacios públicos.

15 Decreto del Ministerio de Planificación N° 141 del 8 de noviembre de 2011.

16 Integrados por los Ministerios de Desarrollo Social, Educación, Justicia, Trabajo y Previsión Social, Salud, Vivienda y Urbanismo, y Transporte y Telecomunicaciones.

17 Ordinario N° 0999 del Jefe de División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional. Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 15 de junio de 2011.

En materia de subsidios, no obstante establecerse en el art. 29 de la Ley N° 20.422 "subsidios especiales" para adquirir y habilitar viviendas para personas con discapacidad, el Ministerio del ramo indica que "no existe presupuesto asignado específicamente para estos subsidios adicionales, ya que el subsidio base se incrementa, al acreditarse la existencia de discapacidad en el grupo familiar (…)"[18]. El Ministerio de Vivienda señaló que para los años 2010 a junio de 2011 se pagaron efectivamente 79 "subsidios de discapacidad", lo que representa una cifra baja atendida la consideración de que en uno de cada cinco hogares existe una persona con necesidades especiales.

SUBSIDIOS DE "DISCAPACIDAD"

AÑO	N° DE SUBSIDIOS	MONTO EN UF
2010	75	1.493,25
2011 (15 de junio)	4	160

Fuente: MINVU[19].

En relación con la accesibilidad al transporte público de pasajeros el 8 de noviembre de 2010 se dictó el Reglamento que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad[20]. El decreto se aplica a los servicios de locomoción colectiva urbana, rural e interurbana de transporte público de pasajeros; metro y trenes suburbanos; trenes y servicios ferroviarios y a las naves matriculadas en Chile que cuenten con acomodaciones o dependencias para recibir pasajeros, para garantizar la señalización, asientos y espacios suficientes de acceso fácil para las personas con necesidades especiales (art. 1° del Reglamento). Se exceptúan de la aplicación del Reglamento los vehículos considerados de patrimonio cultural o histórico y los destinados a fines meramente turísticos o de recreación. (art. 2 Reglamento). Este Reglamento establece que se debe resguardar el fácil acceso entendido como el establecimiento de mecanismos que permitan condiciones de ingreso, uso y abandono de un medio de transporte en consideración a la capacidad y naturaleza del medio (art. 3 literal c Reglamento). Igualmente debe establecerse una señalética adecuada mediante el lenguaje utilizado para informar y orientar el uso adecuado al usuario con necesidades especiales (art. 3 d). Por último, se deben establecer espacios y asientos suficientes reservados para personas con limitaciones físicas y zonas o rutas de fácil acceso a dichos espacios con las seguridades pertinentes (art. 3 letras d, e, f y g).

En materia de accesibilidad en los buses del Transantiago, el 28% de ellos no cuenta con los dispositivos necesarios para garantizar el uso adecuado por parte de personas con necesidades especiales. Es decir, carecen de plataforma y rampa de acceso, espacios reservados para sillas de ruedas, pulsadores de baja altura, con luz y sonido, adhesivos de lenguaje braille o de superficie rugosa[21]. Por otra parte, el 100% de la flota cuenta con asientos destinados a usuarios con movilidad reducida y validadores de pago con señal visual y audible. Sólo el 22% de los paraderos de Transantiago está habilitado de manera de dar facilidades de acceso a las personas con necesidades especiales y sólo en seis paradas existe información en braille[22]. En relación al Metro de Santiago, de 108 estaciones, 77 (71% de la red) son accesibles, es decir, cuentan con los dispositivos e infraestructura necesaria para el uso por parte de personas con necesidades especiales, contemplando entre otros dispositivos ascensores, rutas para no videntes, sistema braille en pasamanos y torniquetes y sonorización de ascensores y trenes.[23]

El plazo de adecuación de la infraestructura para garantizar el efectivo acceso a los medios de transporte público de pasajeros y a los bienes nacionales de uso público administrados por el Estado, en especial las vías públicas, pasarelas peatonales, parques, plazas, áreas verdes, de acuerdo a los estándares fijados en la ley, es de ocho años desde la entrada en vigencia de la ley, esto es, al año 2018.

18 Ordinario 0999 del Jefe de División Técnica de Estudio y Fomento Habitacional. Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 15 de junio de 2011.
19 Ibídem.
20 Ministerio de Planificación, Reglamento de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión.
21 Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Oficio N° 2598 de 28 de junio de 2011. Anexo: Políticas Públicas aplicadas en materia de accesibilidad de las personas con discapacidad al transporte y las telecomunicaciones.
22 Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Oficio N° 2598 de 28 de junio de 2011. Anexo: Políticas Públicas aplicadas en materia de accesibilidad de las personas con discapacidad al transporte y las telecomunicaciones.
23 Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Oficio N° 2598 de 28 de junio de 2011. Anexo: Políticas Públicas aplicadas en materia de accesibilidad de las personas con discapacidad al transporte y las telecomunicaciones.

En materia de telecomunicaciones, una de las demandas más sentidas de la comunidad sorda es la de contar con mecanismos inclusivos que aseguren la participación, el acceso al conocimiento, a la cultura, la recreación y la información. Una de las obligaciones contempladas en la nueva normativa es la de garantizar que la televisión abierta y por cable provea programación accesible en un plazo de tres años desde la publicación del Reglamento respectivo con un cumplimiento progresivo de un 33% cada año. Los mecanismos que se idearon para satisfacer esta obligación son el subtitulado, el subtitulado oculto –sistema que describe mediante palabras o símbolos el audio presente incluyendo música de fondo y efectos de sonido– y la lengua de señas. A pesar del claro tenor de la ley en esta materia, se advierte la persistencia de barreras que impiden dar cumplimiento cabal al deber impuesto en la Ley. En el mes de marzo de 2011, a propósito de la falta de alternativas de comunicación para personas con necesidades auditivas, la Fundación Nacional de Discapacitados llamó la atención sobre la necesidad de que se garantice el acceso de este sector de la población a la información pública, puesto que con "discursos mudos, Chile se aleja de la imagen de país con una democracia transparente y en vías de desarrollo (…)"[24], y señaló que se diera efectivo cumplimento a lo dispuesto en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional referidos a este punto.

Sobre la accesibilidad de bibliotecas públicas, Senadis informa que se están elaborando los documentos técnicos que sirvan como base para establecer los reglamentos que rijan estos temas.

EDUCACIÓN

El área educación en materia de regulación de los principios y derechos establecidos en la Ley N° 20.422 también presenta retrasos al no dictarse aún el Reglamento respectivo[25].

La ley establece la garantía de acceso de las personas en edad escolar con necesidades especiales a los establecimientos públicos o privados que reciban aportes o subvenciones del Estado, a fin de permitir su inclusión en el sistema de educación regular o de educación especial, según corresponda[26]. A fin de dar cuenta de esta garantía, los establecimientos de enseñanza regular deben dotarse de la infraestructura y materiales de apoyo necesarios para asegurar a los/as alumnos/as con necesidades educativas especiales lo necesario para el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades para todos los educandos[27].

La situación de quienes tienen necesidades educativas especiales por discapacidad física o mental presenta avances normativos[28] y presupuestarios, por el aumento de las subvenciones para escuelas especiales y proyectos de integración escolar. No obstante, la cobertura y la calidad de los procesos de enseñanza parece no ser suficiente, más aún en función de las orientaciones internacionales de Unesco de avanzar desde la inserción a la inclusión educativa. Según propias estimaciones del Ministerio de Educación, unos 850 mil estudiantes presentan necesidades educativas especiales, de estos sólo un 18% estaría recibiendo una educación diferenciada[29], por lo que el déficit de cobertura resulta preocupante.

Adicionalmente, existen denuncias (273 durante el primer semestre 2011) que permiten sostener que hay dificultades objetivas en los proyectos de integración, siendo particularmente complejo el caso de los/as niños/as con desórdenes o trastornos conductuales[30], que no encuentran programas adecuados a sus necesidades ni con docentes capacitados para ellos, viéndose reducidas sus jornadas o frecuentemente expulsados. Además, existe evidencia de expulsiones por estas razones en el 5% de los establecimientos municipales, en el 8% de los particulares subvencionados y en más del

24 Ver http://www.fnd.cl/prensa.html

25 Jefa de División de Eduación General Ministerio de Educación, Ordinario N° 05/667 de 2 de agosto de 2011.

26 Ley N° 20.422 art. 34.

27 Ibídem, art. 36.

28 Esta política se originó en 1990 con el Decreto 490/90 y fue modificado por el Decreto Nº 1 en 1998, tras la publicación de la Ley N° 19.284 de Plena Integración Social de las Personas con Discapacidad.

29 Información publicada en la sección de educación diferencial del Ministerio de Educación, disponible en http://www.mineduc.cl/index.php?id_portal=20, y la base de datos de matrículas entregada por el Departamento de Estadísticas del Mineduc, que identifica a 15.140 estudiantes en integración y 145.873 en educación especial

30 En la clasificación propuesta por la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM-IV) el trastorno de conducta es definido como un conjunto de conductas repetitivas y persistentes en donde no son respetados los derechos de los demás o las normas sociales, teniendo en cuenta la edad del paciente. Ver http://www.paidopsiquiatria.com/TDAH/tc6.pdf

17% de los particulares pagados[31], dando cuenta de que a pesar de disponerse de un refuerzo a la subvención regular, para atender a necesidades educativas especiales, ésta no asegura procesos educativos adecuados en los programas de integración ni capacitación suficiente para los agentes de la comunidad escolar: docentes, directivos y asistentes de la educación.

En la consulta realizada por el INDH a organizaciones de la sociedad civil, se señalaron como problemas en este ámbito la vulneración al derecho de acceso a la educación y a la comunicación, porque entre otras razones, hay escasa cantidad de coeducadores sordos. Por su parte, se mencionó que "el Estado no asegura la educación inclusiva para las distintas discapacidades. Ej. jóvenes sordos y personas con discapacidades psíquica y/o mental".

INSERCIÓN LABORAL

La Ley N° 20.422 establece que "El Estado, a través de los organismos competentes, promoverá y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la inclusión y no discriminación laboral de las personas con discapacidad"[32]. En cumplimiento de este deber se impone a los órganos de la Administración del Estado, municipalidades, Congreso Nacional, administración de justicia y Ministerio Público la obligación de preferir en los procesos de selección de personal a personas con necesidades especiales que cumplan iguales condiciones de mérito con otros postulantes[33], lo que deberá ser regulado por el Reglamento que al efecto dictarán el Ministerio de Planificación y el de Hacienda. En este ámbito también se observa un retraso, toda vez que dicho Reglamento está pendiente de las firmas pertinentes, para ser enviado al trámite de toma de razón a la Contraloría General de la República[34].

Respecto a los programas de acceso al empleo de personas con necesidades especiales en condiciones de igualdad, actualmente están en desarrollo tres programas. El Programa de bonificación a la contratación de mano de obra; el Programa de Servicios Sociales, y el Programa SENCE, todos dependientes del Ministerio del Trabajo[35]. El presupuesto para el año 2010 y 2011, para la efectiva implementación de la Ley N° 20.422 en estas materias está relacionado con los Programas señalados que son de continuidad de políticas implementadas antes de la entrada en vigencia de la señalada Ley N° 20.422.

El Programa de bonificación al empleo (ProEmpleo), que data del año 2008, establece líneas de acción para estimular la empleabilidad de personas vulneradas, incluidas aquellas con necesidades especiales. Su objetivo es proporcionar empleos mediante la bonificación a empresas que contraten a personas con necesidades especiales. La bonificación alcanza actualmente hasta un 80% de un ingreso mínimo mensual con una duración máxima de seis meses. Esta línea contempla una contribución al costo de capacitación certificada, por una sola vez, a cada uno de los trabajadores(as) beneficiados(as).

La cobertura y ejecución del Programa es baja en relación a las necesidades de acceso al trabajo para este sector de la población. Para el año 2009 se incluyó bonificación a la contratación de mano de obra para beneficiar hasta 300 personas con algún grado de necesidades especiales. La ejecución real para ese mismo período fue de tan solo 32 beneficiarios. Para el año 2010 se incluyó una bonificación para dar cobertura a 150 personas con algún grado de necesidad especial. La ejecución lograda durante dicho año fue de sólo 17 personas beneficiadas.

A partir de la evaluación del Programa de bonificación para los grupos vulnerados, durante el año 2010 se planificó ajustar los cambios necesarios para el año 2011, de manera de lograr potenciar la intervención en esta materia y obtener una mayor cobertura en inserción laboral de las personas con algún grado de necesidades especiales. Se debe destacar la adopción de medidas correctivas impulsadas por Senadis y el Ministerio del Trabajo, al aumentar los porcentajes de bonificación y el monto de la capacitación para la línea vulnerable.

31 Estimaciones construidas según los datos del Cuestionario de Padres Simce 4° básico 2010, respecto al conocimiento de expulsiones de estudiantes por discapacidad, considerando establecimientos en los que hay dos o más padres que señalan esa casual.
32 Ley N° 20.422 art. 43.
33 Ibídem, art. 45.
34 Ministerio de Planificación, Oficio N° 1542 de 29 de junio de 2011.
35 Subsecretaría Ministerio del Trabajo. Ordinario N° 1273-3 de 30 de junio de 2011.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL PROGRAMA PROEMPLEO PARA PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES

AÑO	% DE BONIFICACIÓN (INGRESO MÍNIMO MENSUAL)	DURACIÓN	CAPACITACIÓN POR TRABAJADOR/A CON NECESIDADES ESPECIALES	MOVILIZACIÓN Y COLACIÓN POR TRABAJADOR/A
2010	40%	4 meses renovables	$ 50.000	$ 37.800
2011	80%	6 meses	$ 400.000	$ 50.000

Fuente. Subsecretaría del Trabajo, Ordinario N° 1273-3 de 30 de junio de 2011.

Como consecuencia de las mejoras introducidas se espera lograr un mayor número de bonificados. El Programa de Bonificación a la contratación de la mano de obra en la línea vulnerable debe ser evaluado a fin de efectivamente dar cumplimiento a la obligación que pesa sobre el Estado de garantizar el acceso al empleo en condiciones de igualdad y no discriminación para las personas con necesidades especiales.

Por su parte, el Programa de Servicios Sociales creado por la Ley de Presupuestos para el año 2011 consiste en proyectos de emprendimiento ejecutados por terceros destinados a personas con necesidades especiales. El primer llamado a postular finalizó, adjudicándose un proyecto que alcanzará a 18 personas con necesidades visuales, que es ejecutado por la Fundación Imagina.

Por último, el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE) contempla una línea de acción para personas con necesidades especiales cuya cobertura para los años 2009-2010 fue el que se muestra a continuación.

ACCIONES DEL SENCE SEGÚN TIPO DE NECESIDAD ESPECIAL

AÑO	DISCAPACIDAD AUDITIVA	DISCAPACIDAD FÍSICA	DISCAPACIDAD MENTAL	DISCAPACIDAD VISUAL	TOTAL GENERAL
2009	45	106	110	309	570
2010	24	70	179	81	354

Fuente. Subsecretaría del Trabajo, Ordinario N° 1273-3 de 30 de junio de 2011.

La entrada en vigencia de la Ley N° 20. 422 representa un hito en la consagración de derechos de las personas con necesidades especiales y al mismo tiempo ofrece una oportunidad y un desafío para el Estado en sus obligaciones de respeto, protección y garantía para este sector de la población. La implementación de la ley y su debida reglamentación y la efectividad de las políticas públicas con contenido intersectorial y perspectiva de derechos humanos debiera orientar en el futuro la acción del Estado de manera de superar los serios déficits que enfrenta esta población en el ejercicio y goce de derecho en condiciones de igualdad y no discriminación. Las cifras proporcionadas en las áreas de acceso, educación y mercado laboral permiten afirmar que persisten obstáculos serios para la efectiva inclusión social de las personas con necesidades especiales. Ello es percibido por las organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la protección de los derechos de las personas con necesidades especiales, las que señalan que a pesar de la entrada en vigencia de la nueva normativa su impacto en la superación de brechas de inclusión ha sido escaso[36].

En este sentido, avanzar en la superación, de forma completa y satisfactoria, de las barreras físicas, de comunicación y

36 El Centro de Apoyo Integral para las personas con limitación visual –CEALIV– de la ciudad de Quillota señaló en el marco de la consulta realizada por el INDH que la ausencia de reglamentación es uno de los principales problemas en la implantación de la ley.

de participación social sigue representando uno de los principales desafíos para asegurar los derechos de las personas con necesidades especiales.

2. VÍCTIMAS DE TALIDOMIDA

En la década de 1950 el laboratorio alemán Chemie Grünenthal GMBH inició la comercialización de un fármaco denominado Talidomida o Contergan, destinado a mitigar los malestares asociados al embarazo, sin pruebas clínicas sobres sus efectos[37]. Al poco tiempo de iniciada su comercialización se constató la presencia de trastornos congénitos severos en hijos e hijas nacidas de madres que habían ingerido el fármaco, por ejemplo, en niño/as que nacieron sin manos, brazos y piernas. Estudios realizados en Alemania y Australia (1961)[38] determinaron la relación causal entre la ingesta del fármaco y la presencia de estas malformaciones congénitas[39]. La Talidomida se vendió en 50 países con 80 nombres comerciales y afectó a más de 20.000 bebés que nacieron mutilados[40].

El Estado de Chile, en el año 1961, autorizó mediante la dictación de las resoluciones respectivas de la autoridad sanitaria de la época[41] la inscripción de la Talidomida en el Registro de Especialidades Farmacéuticas, permitiendo con ello su fabricación, distribución y venta.

No obstante la certeza de las consecuencias devastadoras del fármaco, el Estado de Chile no ha realizado ningún catastro que permita determinar con certeza la cantidad de niños/as que se vieron afectados por el suministro de la Talidomida.

En Chile, las víctimas se han organizado y constituido en la Organización de Víctimas de la Talidomida (VITACHI), para exigir que el Estado reconozca su responsabilidad en autorizar la venta y distribución del fármaco; realice una investigación que permita censar sus efectos, y proceda, igual como lo han hecho otros países, a implementar políticas de ayuda e indemnización para reparar el daño ocasionado. VITACHI reúne aproximadamente a 44 personas, pero se estima que a nivel nacional hay 150 víctimas que padecen las severas consecuencias de este fármaco sin que hasta la fecha puedan acceder a planes.

Acogiendo estas demandas, la Cámara de Diputados el 18 de enero de 2011[42] y el Senado el 5 de julio del mismo año aprobaron proyectos de acuerdo en el que llaman al Poder Ejecutivo a que asuma la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, al autorizar su producción, distribución y comercialización. Para ello se solicitó, por ambas cámaras, que se cree "a través del Ministerio de Salud un sistema que permita la identificación y registro de los afectados a través de los procedimientos médicos pertinentes"[43]. Además se solicita que una vez determinado el universo de víctimas y como corolario de la responsabilidad que le cabe al Estado se "establezca un sistema de indemnización a través de beneficios que favorezcan su inserción social, pensiones especiales para los afectados directos y becas de estudio tanto para ellos como sus hijos"[44]. Por último, que se constituya efectivamente una "mesa intersectorial para que a través del Ministerio de Relaciones Exteriores se oriente gratuitamente a las víctimas en sus reclamaciones ante los organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales que tengan por finalidad indemnizarlos"[45].

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, otros Estados han tomado medidas concretas al respecto, asumiendo

37 El fármaco fue creado por el médico con antecedentes nazis Heinrich Mückter, que durante la II Guerra Mundial estuvo destinado en el campo de concentración de Nüremberg, donde realizaba ensayos clínicos con piojos, cerdos y humanos. Senado de la República. Sesión 30ª, Ordinaria, 5 de julio de 2011. Por unanimidad se aprueba Proyecto de Acuerdo. Boletín Nº S 1.372-12.

38 Ver Ministerio de Salud. Unidad de Discapacidad y Rehabilitación. Informe Talidomida. 2011.

39 Ver Talidomida en Chile. Organización de Víctimas de la Talidomida en Chile VITACHI.http://vitachi.bligoo.cl/content/view/964471/TALIDOMIDA-EN-CHILE.html

40 Ver Asociación de Víctimas de la Talidomida en España y otras inhabilidades. En: http://www.avite.org/

41 Resolución Exenta Nº 305 de fecha 7 de febrero de 1961, inscripción Nº 7917. Softenon Supositorios, laboratorio Recalcine con licencia de Chemie-Grünenthal de Alemania; Resolución Exenta Nº 651 de fecha 23 de marzo de 1961, inscripción Nº 795. Softenon Jarabe, laboratorio Recalcine con licencia de Chemie-Grünenthal de Alemania; Resolución Exenta Nº 752 de fecha 5 de abril de 1961, inscripción Nº 7966. Softenon Tabletas, laboratorio Recalcine con licencia de Chemie-Grünenthal de Alemania y Resolución Exenta Nº 723 de fecha 3 de abril de 1961, inscripción Nº 7967. Betasedán Comprimidos de 50 MG, Instituto Bioquímico Beta S.A.

42 Proyecto de acuerdo N° 237 aprobado por la Cámara el 18 de enero de 2011.

43 Senado de la República. Proyecto de Acuerdo, aprobado unánimemente en la Sesión 30ª, Ordinaria, de 5 de julio de 2011. Boletín Nº S 1.372-12.

44 Senado de la República. Proyecto de Acuerdo, aprobado en la Sesión 30ª, Ordinaria, de 5 de julio de 2011. Boletín Nº S 1.372-12

45 Senado de la República. Proyecto de Acuerdo, aprobado en la Sesión 30ª, Ordinaria, de 5 de julio de 2011. Boletín Nº S 1.372-12

su responsabilidad. La denominada catástrofe de la talidomida significó que el Estado alemán junto con la empresa farmacéutica crearan la Fundación "Hilwerk für Behinderte Kinder" (auxilio a niños impedidos), con el objeto de canalizar las peticiones de indemnizaciones de las víctimas. Otros Estados hicieron reconocimiento de responsabilidad, generaron información sobre las secuelas que ocasionó la comercialización del fármaco y procedieron a establecer políticas de compensación por el daño ocasionado. Es el caso de Inglaterra, que el año 1968, después de una larga campaña en los medios de comunicación, arribó a un acuerdo compensatorio con los familiares de las víctimas de la Talidomida[46]. Así también en España el año 2010 se dictó el Real Decreto 1006/2010, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la Talidomida durante el período 1960-1965, para atender las necesidades "de reconocimiento y apoyo solidario a las personas afectadas por la sustancia activa Talidomida a lo largo del periodo señalado, según las diferentes situaciones personales que concurren en cada una de ellas"[47].

46 Ministerio de Salud. Unidad de Discapacidad y Rehabilitación. Informe Talidomida. 2011.

47 Boletín Oficial del Estado, Núm. 190, Ministerio de la Presidencia, 6 de agosto de 2010. En: http://www.boe.es/boe/dias/2010/08/06/pdfs/BOE-A-2010-12626.pdf.

A pesar de estos ejemplos y del consenso que a nivel parlamentario suscitan las legítimas demandas sostenidas por las víctimas de la Talidomida, las autoridades competentes no han dado pasos para reconocer la afectación que sufrieron las madres e hijos/as expuestos a este fármaco ni han adoptado medidas que avancen en reparar el daño ocasionado. En este sentido, y dado el grave carácter social del problema, es insuficiente la respuesta ofrecida por el Ministerio de Salud al Senado de la República, al requerimiento formulado en el Proyecto de Acuerdo, al señalar que "el tema se encuentra radicado en sede judicial"[48], al existir en curso una demanda por indemnización de daños en un juzgado civil[49].

El 17 de octubre de 2011 el presidente de VITACHI, junto al INDH y a parlamentarios de la República exigieron públicamente al Estado hacerse cargo de los daños que ocasionó irreparables consecuencias.

48 Ministerio de Salud. Ordinario N° 2685 de 17 de agosto de 2011.

49 Demanda interpuesta el 19 de abril de 2011, Rol N° C-008255 del 17 Juzgado Civil de Santiago.

2

DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES





DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES



ANTECEDENTES

En el informe sobre el seguimiento de la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (2002)[1], el Secretario General de Naciones Unidas señaló que el número de personas mayores de 60 años está aumentando a un ritmo sin precedentes y advirtió que la mayoría vive en los países en desarrollo donde, además, se produce la mayor parte de este crecimiento[2].

Las estadísticas nacionales muestran que Chile no permanece ajeno a este fenómeno. Desde la década de los noventa, el país se inserta en un escenario de transición demográfica caracterizado por el envejecimiento de su población, asociado a los bajos niveles de fecundidad y de mortalidad. Las estimaciones realizadas por el INE indican que 13% de la población tiene 60 años y más, proporción que ascenderá al 28,2% en el año 2050. El 5% de los y las adultas mayores son indígenas, y el 86% de estos/as pertenecen a la etnia mapuche.

Las mujeres representan el 63% de las personas mayores, lo que tiene relación con la expectativa de vida al nacer: 74 años en el caso de los hombres, y 80 años en el de las mujeres. La distribución en quintiles etarios de las personas de 60 años y más muestra que el número de personas mayores de 80 años está aumentando aceleradamente y en el año 2050 superará el millón quinientas mil personas[3].

1 La primera se realizó en Viena, en 1982.
2 Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Informe del Secretario General de Naciones Unidas. A/65/158, 22 de julio 2010.
3 SENAMA, respuesta a ORD N° 464 del INDH, 21 de agosto 2011.

PERSONAS MAYORES SEGÚN QUINQUENIOS DE EDAD. CASEN 2009

60-64 años	65-69 años	70-74 años	75-79 años	80 y más	Total
710.426	595.660	451.836	368.880	414.805	2.541.607

Fuente: SENAMA

La Región de Magallanes y la Antártica chilena presenta la tasa regional más alta de personas mayores en relación a la población total, y Atacama presenta la tasa más baja (es la única del país que tiene una tasa bajo los diez puntos porcentuales)[4].

La primera política gubernamental para las personas adultas mayores que identificó los desafíos para el país data de 1996. La creación en 2002 del Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA)[5] marcó un avance en la voluntad del Estado de abordar la situación de esta población, al dotarse de una institucionalidad con el mandato de velar por su plena integración a la sociedad, brindar protección ante el abandono e indigencia, y hacer valer el pleno respeto a los derechos que les reconocen la Constitución y las leyes, sin discriminación. Dos años después, en 2004, el Comité de Ministros para el Adulto Mayor –conformado por los ministerios del gabinete social– reformó la política orientándola a "lograr un cambio cultural de toda la población que signifique un mejor trato y valoración de los adultos mayores en nuestra sociedad, lo cual implica una percepción distinta sobre el envejecimiento

4 SENAMA, Ibídem.
5 Ley N° 19.828, publicada el 27 de septiembre de 2002.

y la vejez, y así alcanzar mejores niveles de calidad de vida para todos los adultos mayores"[6].

La sociedad chilena en general tiene hoy mayor sensibilidad respecto de la situación de las personas adultas mayores. En la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH, un 74,5% de las personas rechazó la idea de que los/as ancianos/as no aporten al mundo de hoy, y un 80% se mostró contrario a considerarlos/as, ante todo, como una carga para sus familias y la sociedad[7]. No obstante, son recurrentes las informaciones de prensa que dan cuenta de situaciones de violencia y maltrato, abandono y desprotección que afectan a las personas adultas mayores, especialmente a aquellas de escasos recursos económicos.

La percepción social sobre la población adulta mayor está aún atada a mitos y/o realidades de la vejez de hace décadas: personas dependientes, sin proyectos, que han llegado al final de su "vida útil". Sin embargo, se trata de un grupo de personas altamente heterogéneo: "La mayor parte de las personas mayores en Chile es autovalente, desarrolla una vida independiente, tiene enfermedades que las sobrelleva adecuadamente, quiere y puede continuar ejerciendo su sexualidad, comparte con su pareja, familiares o amigos, participa en organizaciones, se enamora y crea nuevas relaciones, tiene en mente realizar parte de sus sueños no concretados en épocas anteriores, algunos se ocupan del cuidado de nietos y buena parte son jefes de hogar que sustenta hijos, están preocupadas de sus ingresos cuyo monto y regularidad sea suficiente para vivir y tener buena calidad de vida, acceder a oportunidades de turismo, recreación, aprendizajes nuevos, entre otros"[8].

Poder aprovechar esta etapa de la vida para nuevos aprendizajes y momentos de distensión, sin embargo, no está al alcance de todos y todas: la pobreza, el sexo y el género, la pertenencia étnica y el lugar de residencia en el país marcan las condiciones de vida y las brechas en el ejercicio de derechos y libertades. En la población adulta mayor se reproducen las desigualdades presentes en la sociedad en su conjunto, y no es excepcional que estas se acentúen en esta etapa de la vida. La vulnerabilidad en que se encuentra esta población es alta, tomando en cuenta que tiene en promedio 6,5 años de estudios, que un 12,7% de las personas mayores no sabe leer ni escribir y que el 45% no completó su educación básica[9].

De acuerdo a información de SENAMA, más del 60% tiene ingresos iguales o menores a 160.000 pesos[10]; a lo que hay que agregar que la proporción de adultos/as mayores en el quintil más pobre encuentra un porcentaje mayor de personas indígenas (36,1%) que no indígenas (19,4%)[11].

El envejecimiento biológico aumenta los riesgos de discapacidad y de enfermedades crónicas. Las personas de 60 años y más representan 45,2% de las personas con discapacidad en Chile. En el total de población adulta mayor, 39% manifiesta alguna discapacidad: 17,3% leve, 11% moderada y 10% severa. Esta condición afecta en mayor proporción a las mujeres (43% de ellas), y a las personas de nivel socioeconómico bajo (50,3%)[12]. Por su parte, las principales causas de muerte en las personas mayores son las enfermedades cardiovasculares (33%), tumores malignos (24%) y enfermedades del sistema respiratorio (8,7%), y los indicadores de morbilidad más representativos de la población de adultos mayores son la hipertensión y la diabetes[13]. En relación al sistema de salud, de acuerdo a datos de SENAMA, 86% de la población mayor de 60 años es beneficiaria del sistema público[14], lo que da cuenta de los crecientes costos para el sistema que conlleva el envejecimiento de la población.

En la Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe (Declaración de Brasilia, 2007), los países del área establecieron

6 SENAMA. Política Nacional para el Adulto Mayor, a probada por el Comité de Ministros el 6 de mayo de 2004. Disponible en: http://senama.cl/Archivos/720.pdf

7 Las afirmaciones testeadas fueron: "Es inútil discutir con los ancianos, sus ideas no aportan en el mundo de hoy"; y, "Los adultos mayores son antes que todo, una carga para sus familias y la sociedad".

8 Lowick-Russell, Jenny. Ley para abordar el maltrato a personas mayores en Chile: evidencias, tratamiento normativo y desafíos inmediatos. Santiago, 2010. La autora es Jefa de la División de Coordinación Intersectorial y Regional del Servicio Nacional del Adulto Mayor.

9 SENAMA, Cuenta Pública 2010.

10 SENAMA, respuesta a ORD N° 464 del INDH, op. cit.

11 SENAMA. Las personas mayores en Chile. Situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez.

12 Datos del Estudio Nacional de la Discapacidad 2004, FONADIS– INE, citados por SENAMA, Ibídem.

13 SENAMA. Las personas mayores en Chile, op. cit.

14 SENAMA. Cuenta pública, op. cit. Datos desagregados por edad y sexo pueden ser consultados en el boletín estadístico 2009-2010 de FONASA, disponible en: www.fonasa.cl

sus compromisos de acción respecto de la población adulta mayor. En su Declaración "Hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos", se reafirmó que "la transformación demográfica tiene profundas repercusiones en la sociedad y en las políticas públicas, y que con el envejecimiento aumenta la demanda por lograr un ejercicio efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todas las edades"[15]. Este es parte del desafío de la acción estatal en Chile, es decir, avanzar hacia un cuerpo normativo que garantice y proteja los derechos de las personas mayores, y una política pública comprehensiva que brinde condiciones para su pleno ejercicio, superando aproximaciones asistencialistas.

1. ANÁLISIS NORMATIVO

La Organización de Naciones Unidas ha adoptado en las últimas décadas un conjunto de principios y orientaciones sobre los derechos y la protección de la vejez, muchas de ellas contenidas en la Declaración y Plan de Acción de la Segunda Asamblea sobre el Envejecimiento en 2002. Si bien éstas no son vinculantes para los Estados, han permitido identificar cinco ámbitos de derechos especialmente relevantes para las personas de edad avanzada:

- Independencia: Comprende los derechos de alimentación, agua, vivienda y atención sanitaria, mediante ingresos económicos propios o suministrados por su familia y la comunidad; la posibilidad de trabajar o de tener acceso a otras fuentes de ingreso; la determinación del momento y la forma en que dejarán de desempeñar actividades laborales; el beneficio de programas educativos y formativos, y la opción de vivir en medios seguros, adaptados a sus preferencias y capacidades.
- Participación: Incluye el derecho a permanecer integrados a la sociedad, participando en la formulación de medidas que afectan su bienestar, y compartiendo sus conocimientos con las generaciones más jóvenes.

15 Declaración de Brasilia, 4-6 de diciembre de 2007.

- Cuidados: Abarca el derecho a disfrutar de protección familiar y comunitaria; recibir atención de salud, y la oportunidad de contar con servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.
- Autorrealización-plenitud humana: Se refiere a las oportunidades para desarrollar el potencial personal y el acceso a recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.
- Dignidad: Incluye una vida segura, libre de explotación y de maltratos físicos y mentales.

La necesidad de reconocer a las personas mayores como un sujeto social, que reclama un tratamiento particular de sus derechos en razón de la edad, y que los Estados adopten medidas que permitan hacer frente a los significativos cambios demográficos, condujo a la comunidad internacional a constituir, en 2010, el Grupo de Trabajo sobre el Envejecimiento, con el objetivo de estructurar un Proyecto de Convención para Proteger los Derechos de los Adultos mayores.

En efecto, no existe aún en el sistema internacional de derechos humanos un documento vinculante especialmente referido a esta categoría de personas o disposiciones específicas, como ocurre, entre otros, con los/as trabajadores/as, los pueblos indígenas o los/as niños/as. Solo algunos tratados hacen una referencia explícita a la edad, y en general ligada a la prohibición de discriminación. Sin embargo, los comités han revisado los pactos a la luz de los derechos de las personas adultas mayores, ya sea adoptando recomendaciones generales sobre la materia[16] o incorporando su situación en la interpretación de derechos específicos como el trabajo, la salud y la integridad física[17].

La Observación General N° 6 del Comité DESC es considerada uno de los referentes más importantes en derechos humanos de las personas mayores. Respecto de la obligación de no discriminación en razón de la edad, señala que corresponde

16 OIT, Recomendación N° 162 sobre trabajadores de edad de 1980; Comité DESC, Observación General N° 6 sobre los derechos de las personas mayores de 1995; y Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 27 sobre mujeres mayores y sus derechos humanos de 2010.

17 Entre estos, la Recomendación General N° 2 del Comité de la Convención contra la Tortura.

a los Estados: 1) revisar sus legislaciones y eliminar cualquier discriminación de jure o de facto; 2) aprobar normas que protejan a las personas mayores contra la discriminación; y 3) establecer medidas de discriminación positiva que equiparen las oportunidades de las personas mayores con otros grupos sociales en el disfrute de determinados derechos. Otras materias abordadas, en las que además hay coincidencia con otros comités de vigilancia, son el derecho al trabajo, a la salud y a una vida libre de maltrato y violencia.

Existe preocupación por la discriminación múltiple o agravada que afecta a las personas adultas mayores cuando esta condición se combina con otras, como las que se fundan en el sexo, la condición socioeconómica y el estado de salud, entre otras. Así, para el Comité de la CEDAW, "el efecto de las desigualdades de género a lo largo de la vida se agrava con la vejez y con frecuencia se basa en normas culturales y sociales hondamente arraigadas. La discriminación que sufren las mujeres de edad suele ser el resultado de una distribución injusta de recursos, malos tratos, abandono y restricción del acceso a servicios básicos"[18]. Al respecto el Comité DESC recomienda a los Estados "prestar atención especial a las mujeres de edad avanzada y crear subsidios no contributivos u otro tipo de ayudas para todas las personas que, independiente de su género, que al cumplir una edad prescrita, fijada en la legislación nacional, carezcan de recursos"[19].

En materia de derecho al trabajo, se llama la atención a los Estados sobre las diferencias arbitrarias que vulneran los derechos de esta población para encontrar y/o mantener sus puestos de trabajo, lo cual repercute en las posibilidades de llevar una vida digna[20]. Respecto del derecho a la salud, se les insta a adoptar las disposiciones del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1992) que contiene una visión integradora, desde la prevención y la rehabilitación hasta la asistencia a los enfermos terminales, lo que supone efectuar intervenciones sanitarias dirigidas a mantener la salud en la vejez con una perspectiva del ciclo de vida[21].

Otro aspecto de especial preocupación es la violencia y maltrato hacia las personas adultas mayores. El Comité de la Convención contra la Tortura ha señalado que los Estados deben prohibir, impedir y castigar los actos de tortura y los malos tratos en todas las situaciones de privación o de limitación de libertad, señalando como ejemplo explicito los hospitales e instituciones que atienden personas de edad[22].

A nivel interamericano, el Protocolo de San Salvador –aún sin ratificar por Chile– consagra derechos básicos de "Protección de los Ancianos". Junto con establecer el derecho a la seguridad social que resguarde a esta población de las consecuencias de la vejez (art. 9), consagra que "toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad", para lo cual los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y, en particular: 1) proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; 2) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseo; 3) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos" (art. 17).

En Chile, si bien los derechos y garantías que la Constitución Política reconoce son aplicables a las personas mayores –en particular, la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la salud y la educación–, el texto no establece explícitamente un resguardo particular a la libertad y derechos humanos de las personas mayores. En el Parlamento se tramita actualmente un proyecto de ley, ingresado en agosto de 2010, que busca establecer constitucionalmente el deber del Estado de promover la plena integración de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores[23].

18 Comité de la CEDAW, Recomendación General N° 27, 2010, párrafo 11.
19 Comité DESC, Observación General N° 6, 1995.
20 Preocupación compartida por el Comité DESC y la OIT (Convenio N° 111 y recomendación N° 162 y N° 166).
21 Coincidencia con la Resolución de la Conferencia Sanitaria Panamericana de la OPS (2002).

22 Comité de la Convención contra la Tortura, Observación General N° 2, 2007.
23 Boletín N° 7144-0, que modifica Art. 1° de la Constitución Política de la República, estableciendo deber del Estado, promover la plena integración de las personas con discapacidad y de los adultos mayores.

En la legislación, por su parte, existen leyes especiales aplicables a su situación, fundamentalmente en los ámbitos de la salud, el trabajo, de la previsión y seguridad social, y la violencia. Un avance del período a destacar es la eliminación del descuento del 7% de los aportes al sistema público y privado de salud para las personas adultas mayores en situación vulnerable[24].

En el ámbito laboral, la obligación de no discriminación y la igualdad de protección del empleo está contemplada en el artículo 2 del Código del Trabajo que hace mención expresa a las razones de edad, y resguardada en la Ley N° 20.087 que norma la Reforma Laboral donde se establece un procedimiento especial de tutela de las garantías constitucionales de los/as trabajadores/as. Por su parte, el derecho de las personas adultas mayores al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias en el trabajo se infiere en las normas sobre Protección de los Trabajadores del Código del Trabajo, especialmente en el artículo 187 que dispone: "No podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad".

En materia de previsión y seguridad social, la reciente reforma estableció un sistema solidario que incluye pensiones de vejez e invalidez para las personas adultas mayores de 65 años de los estratos más pobres de la población[25]. La reforma es significativa para las mujeres que, como indican las recomendaciones internacionales, deben ser acreedoras de pensiones no contributivas cuando no han podido acceder a ellas: les otorga pensión básica solidaria o un aporte previsional solidario como complemento a su contribución al sistema de pensiones, y una bonificación por cada hijo nacido vivo equivalente al 10% de 18 ingresos mínimos, monto al que se le aplicará una tasa de rentabilidad, hasta que la mujer cumpla los 65 años.

Otras disposiciones favorables a los derechos de esta población recientemente adoptadas son, por un lado, la protección de las personas mayores con discapacidad que se encuentran en mayor grado de vulnerabilidad en la legislación sobre Inclusión Social de las Personas con Discapacidad[26].

24 Ley N° 20.531, publicada el 31 de agosto de 2011.
25 Ley N° 20.255, publicada el 17 de marzo de 2008.
26 Ley Nº 20.422, publicada el 10 de febrero de 2002.

Por otro, la Ley N° 20.427 modificó las normas sobre violencia intrafamiliar a los fines de incluir la figura del maltrato contra una persona mayor de 60 años[27]; esta figura se entiende como todo maltrato que afecte su vida, su integridad física o psíquica cuando el ofensor sea o haya sido su cónyuge o conviviente, o bien un pariente por consanguinidad sin importar el grado de parentesco. Las personas adultas mayores víctimas de maltrato que lleguen a SENAMA derivadas de Tribunales son consideradas en el Programa de Vivienda Protegida de esta institución.

Adicionalmente, la Ley N° 20.427 protege a las personas de edad avanzada frente a hurtos, defraudaciones o daños por parte de parientes cercanos. En efecto, la reforma introducida impide la aplicación de la excusa legal absolutoria contenida en el artículo 489 del Código Penal que traslada a la justicia civil la sanción de estos actos cuando son cometidos por el/la cónyuge o parientes cercanos[28]. Este importante avance debe ser complementado con otros a fin de proteger de mejor manera a los y las adultos/as mayores frente a abusos patrimoniales por parte de sus parientes.

Existen otras normas que actualmente afectan el ejercicio de los derechos y la capacidad jurídica de las personas mayores. Particularmente preocupante resulta que las personas con discapacidad mental, entre las que se pueden encontrar adultos/as mayores, puedan verse expuestas a ser declaradas en interdicción sin que los procedimientos cumplan con los requisitos mínimos exigidos por las normas internacionales, con las consiguientes consecuencias para el ejercicio de sus derechos. La Ley N° 18.600 permite al padre o madre, o a ambos, y en ausencia de éstos a los parientes o cuidadores, ser curadores definitivos de los bienes de una persona con discapacidad mental mediante decisión judicial, dictada previa audiencia de la persona afectada. No obstante, la misma ley autoriza a las personas naturales o jurídicas que tengan a su

27 Modifica la Ley N° 20.066, de violencia intrafamiliar, y otros cuerpos legales para incluir el maltrato del adulto mayor en la legislación nacional, publicada el 18 de marzo de 2010.
28 Con la Ley Nº 20.427, la nueva redacción del artículo 489 es: "Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1° Los parientes consanguíneos en toda la línea recta; 2° Los parientes consanguíneos hasta el segundo grado inclusive en toda la línea colateral; 3° Los parientes afines en toda la línea recta; 4° Los cónyuges. La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participen del delito. Además esta excepción no será aplicable cuando la víctima sea una persona mayor a sesenta años".

cargo una persona con discapacidad mental, a ser curadores provisorios de sus bienes, siempre que se encuentren bajo su cuidado permanente; esta circunstancia sólo consta en el Registro Nacional de la Discapacidad (art. 18 b).

Estas normas se dictaron con el propósito de hacer más expedito el trámite de interdicción, frente a la demora y altos costos que representa el procedimiento ordinario. Sin embargo, las disposiciones infringen las recomendaciones internacionales que señalan que la interdicción de una persona debe efectuarse mediante decisión judicial, dictada en un proceso que respete la bilateralidad de la audiencia y respecto de la cual se pueda recurrir ante un tribunal superior. A la fecha de elaboración de este informe, el Ministro de Desarrollo Social Joaquín Lavín anunció que se dará urgencia al proyecto de ley que protege los intereses patrimoniales de las personas mayores frente a parientes o cuidadores, actualmente en trámite en el Parlamento[29].

Por otra parte, las personas adultas mayores tampoco tienen mayor protección o posibilidad para decidir acerca de su internación en residencias de larga estadía y respecto de determinados tratamientos médicos. Esta internación debiera respetar en todo momento la autonomía y dignidad de esta población.

Así, el maltrato de carácter institucional aún no cuenta con resguardos jurídicos para su prevención y castigo, por cuanto, a la existencia de hogares que operan informalmente, se suma la ausencia casi total de facultades de fiscalización por parte de organismos especializados. En este sentido, cabe recordar que el Estado de Chile se comprometió al ratificar el Protocolo adicional a la Convención contra la Tortura y otras Penas, Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes a crear un mecanismo nacional para prevenir la tortura, que incluye la supervisión y evaluación de establecimientos públicos o privados en los que personas adultos/as mayores se encuentran bajo custodia. Han pasado tres años y este mecanismo no ha sido creado aún.

Los problemas señalados muestran la necesidad de fortalecer el marco legal existente sobre libertades y derechos de las personas mayores, que armonice la legislación dispersa en esta materia e integre las políticas económicas, sociales, sanitarias, culturales, y de toda índole que se desarrollan en beneficio de las personas de edad, con arreglo a las normas y principios reconocidos de independencia, participación, cuidados, autorrealización, plenitud y dignidad mencionados en páginas anteriores.

29 Boletín N° 7507-18, que modifica la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia estableciendo normas especiales para la representación en juicio de adultos mayores

2. POLÍTICA NACIONAL DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

SENAMA es el organismo encargado del impulso de la Política Nacional del Adulto Mayor[30]. Sus objetivos buscan: i) fomentar la integración y participación social efectiva de las personas mayores; ii) articular una red de servicios sociales dirigida a personas mayores en situación de vulnerabilidad y/o dependencia; iii) inducir un cambio cultural que promueva la valoración positiva de las personas mayores. En la cuenta pública 2010, la institución informó del Fondo Nacional del Adulto Mayor[31] que beneficia a 160.000 personas mayores; de programas de formación como "Escuela del Dirigente" para organizaciones de personas adultas mayores, hizo referencia a estudios de especialización para funcionarios/as públicos/as, e iniciativas de turismo social para la tercera edad al que acceden preferentemente personas del programa Vínculos[32] y residentes en Establecimientos de Larga Estadía sin fines de lucro (ELEAM). Adicionalmente, SENAMA cuenta con un sistema integral de atención ciudadana (fono 800) que orienta e informa a quienes lo requieren sobre vejez y envejecimiento, derechos ciudadanos, beneficios y programas de SENAMA, así como asesoría legal ante situaciones de maltrato.

30 Disponible en: http://senama.cl/Archivos/720.pdf

31 El Fondo se compone de: Fondo Autogestionado para Organizaciones, para la participación social, autonomía y autogestión de los mayores; Fondo para Instituciones Intermedias que ofrecen servicios para mejorar la calidad de vida y atención de las personas mayores; y Fondo Convenios Institucionales para la generación de servicios de cuidado y respiro al cuidador/a.

32 Programa Vínculos forma parte del sistema de protección de Chile Solidario, y se orienta a entregar a las personas adultas mayores cubiertas por él: apoyo psicosocial para mejorar las condiciones de calidad de vida de los adultos mayores solos; las prestaciones monetarias que correspondan a los adultos mayores (Ley Nº 19.949), acceso preferente a las prestaciones sociales disponibles en la red pública; y a vincularlos con su entorno inmediato (barrio-comuna), mediante el fortalecimiento de las redes existentes en el territorio local.

En relación a los principios declarados por la política pública en este ámbito, el Estado se atribuye un rol subsidiario y regulador respecto de las necesidades de las personas mayores. Tal rol, señala el documento, debe entenderse en tres ámbitos: fomento a la producción de bienes y servicios destinados a los adultos mayores; regulación del funcionamiento de los sistemas de provisión de servicios ofrecidos o prestados a este sector; y, fomento de la responsabilidad de la familia, la comunidad y los propios adultos mayores para la mantención de un buen nivel de vida, "evitando la creación de una dependencia de las acciones del Estado para satisfacer sus requerimientos"[33]. Entendiendo la necesaria participación de las familias y la comunidad, corresponde al Estado garantizar el pleno respeto de los derechos de las personas de edad avanzada. Esta población es mayoritariamente beneficiaria del sector público de salud, pensionada del antiguo sistema de reparto o de pensiones no contributivas pagadas por el Estado, y gran parte de este segmento etario ha accedido a la propiedad de su vivienda a través de programas estatales.

Un ámbito de especial preocupación en materia de políticas públicas dice relación con la dependencia y el cuidado. Según el Estudio Nacional de la Dependencia en las Personas Mayores realizado por SENAMA, una de cada cuatro requiere de asistencia significativa para desarrollar sus actividades diarias debido a la pérdida de autonomía personal por limitaciones de causa física o mental, y dos de cada tres personas con dependencia son mujeres[34]. En Chile se observa la preeminencia de dos tipos de cuidados: en primer lugar los que dan las familias y la comunidad, y en segundo lugar, los que se brindan en los Establecimientos de Larga Estadía sin fines de lucro (ELEAM).

En las familias, las necesidades de cuidados son mayoritariamente atendidas por las mujeres, en jornadas que se extienden por más de 12 horas diarias; 2 de cada 3 no han tomado vacaciones por más de 5 años, no comparten el cuidado y se sienten solas, sobrepasadas, sobrecargadas. El estrés de la persona cuidadora es el primer riesgo de maltrato y muchas veces de institucionalización forzada o mediante engaño[35].

33 SENAMA. Política Nacional para el Adulto Mayor (actualización), agosto 2004.

34 SENAMA. Estudio Nacional de la Dependencia en las Personas Mayores, 2007.

35 Lowick-Russell, op. cit.

Respecto de los segundos, los diagnósticos muestran que es insuficiente el número de instituciones de apoyo para la prevención y atención de la dependencia, particularmente aquellas que brindan cuidados de largo plazo[36]: "En la actualidad, aún no sabemos con precisión cuántas personas mayores se encuentran institucionalizadas. Los catastros y estudios disponibles en 2004 indicaban alrededor de 27.000 personas mayores posiblemente institucionalizadas en aproximadamente 1.668 residencias colectivas, de las cuales en esa época sólo 324 estaban reconocidas por la autoridad competente"[37]. La atención y cuidado de las personas mayores en situación de dependencia en establecimientos informales, precarios y riesgosos o sólo a cargo de la familia, especialmente las mujeres, no es sostenible a mediano y largo plazo[38].

SENAMA cuenta con un Fondo de Servicios de Atención al Adulto Mayor, a través del cual desarrolla una política de vivienda para las personas mayores en situación de vulnerabilidad social (quintiles I, II y III), que incluye Residencias de Larga Estadía, Condominios de Viviendas Tuteladas y Stock de viviendas SERVIU. En su cuenta pública 2010, la institución informó la inauguración del primer ELEAM público en Punta Arenas, y anunció que "está pronto a inaugurarse otro en Puerto Montt y doce proyectos más se encuentran en construcción, los cuales beneficiarán a 688 personas mayores". Sin embargo, la oferta es claramente insuficiente respecto de una demanda en crecimiento.

El Ministro de Desarrollo Social anunció en octubre de este año que se destinarán 1.100 millones de pesos para contribuir con cuatro organizaciones privadas que otorgan este servicio –Fundación Las Rosas, Fundación San Vicente, Conapram y el Hogar de Cristo– y la inauguración de 14 centros estatales para el adulto mayor, los cuales serán administrados por algunas de estas fundaciones, que están en

36 Corresponde a las SEREMI de Salud autorizar el funcionamiento de estas instituciones. Los establecimientos de larga estadía se definen en el decreto como instituciones en que residen adultos mayores que, por motivos biológicos, psicológicos o sociales, requieren de un medio ambiente protegido y cuidados diferenciados para la mantención de su salud y funcionalidad, el cual cuenta con autorización para funcionar en esa calidad otorgada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud.

37 Lowick-Russell, op. cit.

38 SENAMA. Estudio Nacional de la Dependencia en las Personas Mayores, op. cit.

una situación financiera crítica[39]. Aun cuando es valorable el aporte del Estado a las iniciativas privadas que atiendan personas en situación de vulnerabilidad, en este caso adultas y adultos mayores, ello no reemplaza la obligación estatal directa de garantizar los derechos de esta población a través de medidas de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia que contemple distintos dispositivos, entre ellos, la ampliación del número de los centros de día y hogares de larga estadía.

SENAMA se encuentra en proceso de elaboración de una política integral de envejecimiento, con un horizonte a 10 años, y en cuyo proceso se propone que participen la totalidad de ministerios, las organizaciones de personas adultas mayores y los consejos consultivos y regionales con los que cuenta el Servicio. Dada la etapa del proceso, aún no es posible conocer el contenido de lo que sería esa política integral; pero está claro que constituye una oportunidad para dotar a la acción pública de un enfoque amplio e integral en la perspectiva de la estrategia de envejecimiento activo propuesto por la OMS, con miras a avanzar en materia de no discriminación e igualdad de oportunidades de las personas mayores.

MALTRATO Y VIOLENCIA

El maltrato y la violencia hacia las personas adultas mayores son poco visibles en Chile. Según SENAMA, el 30% de esta población ha sufrido algún tipo de maltrato –el psicológico es el más frecuente– y el 60% de las víctimas no denuncia[40]. Entre enero y septiembre de este año se registró un incremento de las mismas, con 601 casos de maltrato registrados frente a 414 casos denunciados en 2010, lo que se explicaría por la reciente reforma legal y las acciones de difusión desplegadas desde el año 2006 por SENAMA.

Estas cifras no terminan de reflejar un fenómeno de mayor extensión, debido a las dificultades de su pesquisa, el precario conocimiento para detectarlo con que cuentan los profesionales en contacto con esta población y el escaso poder que tienen las víctimas para defender sus derechos y nombrar el maltrato como tal[41]. El maltrato vulnera la dignidad de las personas adultas mayores y el ejercicio de sus derechos, y puede revestir el carácter de físico, psicológico, sexual, patrimonial, así como situaciones de negligencia y abandono.

Una de las expresiones menos reconocidas se refiere al maltrato estructural, que se expresa en la "falta de políticas y recursos sociales y de salud, mal ejercicio e incumplimiento de leyes existentes, y presencia de normas sociales, comunitarias y culturales que desvalorizan la imagen de la persona mayor, que resultan en perjuicio de su persona y no permiten la satisfacción de sus necesidades y el desarrollo de sus potencialidades. Se expresan socialmente como discriminación, marginalidad y exclusión social"[42]. La manifestación más aguda de este tipo de maltrato se representa en las personas en situación de calle, de las cuales el 26,6% son personas mayores; las principales razones para encontrarse en esta condición son: 1 de cada 4 por razones económicas; 1 de cada 3 por problemas de salud física y/o mental; y 1 de cada 2 por razones familiares[43].

Como se mencionó al analizar los cambios en la legislación sobre violencia intrafamiliar para incorporar a las personas adultas mayores, se han hecho esfuerzos por luchar contra el maltrato y la violencia contra este grupo en los últimos años. Sin embargo, junto con las medidas legales adoptadas, la erradicación del problema se debe inscribir en un marco general de lucha contra la discriminación de las personas mayores sensibilizando a la población en general acerca de sus derechos, capacitando a los agentes del Estado especialmente a los sistemas sanitarios, policiales y judiciales en la atención y protección de las víctimas a fin de evitar la victimización institucional y, finalmente, entregar los necesarios soportes en recursos humanos e infraestructura a fin de que se puedan hacer efectivas las medidas de protección que autoriza la ley.

39 Radio Biobio, emisión del 10 de octubre. Disponible en: http://www.biobiochile.cl/2011/10/10/ministro-lavin-anuncia-que-pondra-urgencia-a-proyecto-que-protege-patrimonio-de-los-adultos-mayores.shtml.

40 Presentación de Paula Forttes, directora de SENAMA, en el Panel: Discriminación y violencia en la vejez, avances legislativos y programáticos en los países de la región, 2007. Disponible en: http://www.eclac.org/celade/noticias/paginas/5/31915/PForttes.pdf

41 Ibídem.

42 SENAMA (2007). Guía de prevención del maltrato al adulto mayor. Disponible en: www.senama.cl

43 MIDEPLAN (2005). Habitando la calle. Catastro nacional de personas en situación de calle.

3

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES



DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

3

ANTECEDENTES

La migración no es un fenómeno social nuevo. Sin embargo, en los últimos 20 años ha pasado a ser uno de los temas más importantes para los organismos internacionales, las comunidades regionales y en la agenda de políticas públicas de los gobiernos. Según la Organización Internacional del Trabajo, en 2010 se estimó en 214 millones el número de migrantes internacionales y la proyección es que esta población continuará aumentando[1].

En la región de las Américas, el análisis del movimiento migratorio muestra tres grandes momentos. El primero, hasta mediados del siglo pasado, se caracterizó por la inmigración de población europea al continente; el segundo, desde los años 60 en adelante, muestra la emigración sostenida de los países de América Latina y el Caribe hacia países desarrollados, principalmente Estados Unidos, Canadá y España; el tercero, en las últimas décadas, muestra la "emigración intrarregional entre países vecinos presente a través del tiempo y de magnitud moderada, pero en progresivo ascenso, donde Argentina, Costa Rica, Venezuela y recientemente Chile han sido los principales receptores de migrantes"[2]. Las razones que han motivado estos movimientos son variadas, todas presentes en los momentos antes referidos: la búsqueda de mejores oportunidades y condiciones de vida para sí y las familias, los conflictos armados y quiebres democráticos, la persecución política y la inseguridad y las catástrofes naturales, entre otras.

1 Organización Internacional del Trabajo. International labour migration: A rights based approach. Resumen Ejecutivo. Ginebra, 2010.

2 Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas (SICREMI). Migración Internacional en las América. OCDE, CEPAL y OEA, Washington, 2011.

En Chile, aun cuando en términos netos el país continúa siendo preferentemente de emigrantes[3], en las últimas décadas la población extranjera ha ido en continuo aumento: en el año 1982, se estimaban cerca de 85.000 extranjeros/as; en 1992, el cálculo era de 105.000 y en el 2002 ascendía a 185.000 personas[4]. Para el año 2009, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior estimó en 352.000 la población migrante, principalmente de Perú (37,1%), Argentina (17,2%) y Bolivia (6,8%)[5]. El peso específico de cada nacionalidad en la población migrante ha ido variando; según información entregada por la Dirección de Registro Civil e Identificación al INDH, del total de cédulas otorgadas a personas extranjeras entre 2009 y 2011, las nacionalidades más numerosas son las que se muestran en el cuadro a continuación.

NACIONALIDAD	MUJERES	HOMBRES	TOTALES
Perú	69.676	55.848	125.524
Bolivia	11.051	10.148	21.199
Colombia	11.313	8.361	19.674
Argentina	7.830	9.793	17.623
Ecuador	6.722	6.043	12.765
Otras	37.088	39.981	77.069
Totales	143.680	130.174	273.850

Fuente: elaboración propia a partir de datos entregados por el Departamento de Extranjería[6].

3 En su informe al Comité de la Convención de Trabajadores Migratorios y sus Familias, el Estado de Chile informó que por cada inmigrante en Chile, hay tres emigrantes chilenos/as que permanecen en el extranjero. CMW/C/CHI/1, 27 de mayo 2010.

4 Martínez, Jorge. El encanto de los datos. Sociodemografía de la inmigración en Chile según el censo de 2002. CEPAL - SERIE Población y desarrollo N° 49, 2003, Santiago.

5 Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. En: http://www.participemos.gob.cl.

6 Dirección de Registro Civil e Identificación, ORD N° 0367 de 9 de junio 2011 en respuesta a requerimiento de información del INDH.

La migración en Chile se caracteriza hoy, entre otros factores, por una población en edad activa (85% está entre 16 y 59 años), educada y que migra para trabajar[7], mayoritariamente femenina (55% del total) y de origen latinoamericano.

En los últimos años también ha aumentado el flujo de población refugiada a Chile. A fines del año 2010 había 1.621 refugiados/as en el país y 274 solicitudes de asilo pendientes; a lo largo del año, ingresaron 260 nuevas solicitudes de protección internacional[8]. El INDH en su Informe 2010 abordó esta situación y constató tanto dificultades en la tramitación de estas solicitudes que pueden vulnerar el derecho de petición, el principio de no devolución y la prohibición de rechazo en frontera, como obstáculos para acceder en igualdad de condiciones con la población local al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Un avance importante registrado durante 2011, que ha permitido la publicación de la Ley N° 20.430 y de su reglamento[9], es que a los/as solicitantes de refugio se les otorga una visa de residencia temporal por ocho meses renovables, con lo cual pueden tramitar sus documentos de identificación ante las oficinas del Registro Civil.

El Estado de Chile ha realizado esfuerzos en los últimos años por adecuar su legislación y sus políticas públicas en materia migratoria, en un contexto de cambio de paradigma sobre la regulación de la migración. Chile ha transitado de entender a ésta como una materia propia de *seguridad nacional*[10], a una tributaria del campo de los derechos humanos. Prueba de ello son i) las modificaciones a la legislación heredada de la dictadura, destinadas a hacer más eficiente la gestión migratoria; ii) las amnistías y procesos de regularización de la condición migratoria irregular[11]; iii) la coordinación intersectorial entre ministerios, particularmente de salud y de educación, para asegurar el pleno goce del derecho a la salud y a la educación de mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes en condición de irregularidad; y iv) la promulgación de la Ley N° 20.430 sobre Protección de Refugiados[12] y la reciente tipificación de los delitos de tráfico y trata de personas que incorpora de mejor manera los estándares internacionales en esta materia[13]. Estos esfuerzos no han podido, sin embargo, abordar todas las dimensiones que la normativa requiere adecuar.

En este contexto, resulta particularmente importante la ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en abril de 2005. En septiembre de 2011 el país presentó su primer informe al Comité del tratado[14], con lo cual se pudo hacer un análisis en profundidad de la situación de los y las migrantes en el país a la luz de la información entregada por el Estado y las organizaciones de la sociedad civil[15]. El INDH presentó al Estado y al Comité sus observaciones y preocupaciones respecto de la situación de esta población[16] sobre la base de misiones de observación –particularmente en la región de Arica y Parinacota[17]– y la información proporcionada por organizaciones de la sociedad civil que trabajan por los derechos de la población migrante. Muchas de ellas dieron

7 Según información presentada por el Estado al Comité de la Convención, las personas que se ubican en primer quintil tienen en promedio 11,7 años de estudio y aquellas del quinto quintil cuentan con 14,9 (CMW/C/CHI/1, op. cit). Respecto de la vinculación al mercado laboral, Martínez (2003) da cuenta que "entre los principales grupos, las y los peruanos tienen las mayores tasas de actividad, al punto que las peruanas más que duplican la participación que se estima entre las mujeres chilenas en la población total del país y alcanzan una misma intensidad que entre los hombres ecuatorianos, que es otro grupo que destaca por su intensa participación laboral".

8 Datos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) disponibles en: http://acnur.org/13/recursos/estadísticas/tablas/

9 Decreto 837 del Ministerio del Interior, Aprueba reglamento de la Ley Nº 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, publicado el 17 de febrero de 2011.

10 La Ley de Extranjería vigente –adoptada por Decreto Ley N° 1094 en 1975– así lo refleja: "Para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente decreto ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones. Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales" (art. 2).

11 En Chile, el programa de regularización de 2007-2008 recibió 49 mil solicitudes, lo cual representó aproximadamente un 15% de la población residente nacida en el extranjero, siendo Perú el país de origen más importante.

12 Publicada el 15 de abril de 2010.

13 Ley N° 20.507 publicada el 8 de abril de 2011. Para una profundización sobre este tema, ver capítulo sobre Trata de Personas en este informe.

14 CMW/C/CHI/1, op. cit.

15 Presentaron informes sombra: ACHE-CANON, Fundación Instituto de la Mujer, Corporación Humanas, Red Chilena de Migración e Interculturalidad, Asociaciones Chilenas en España y Centro de Atención a Inmigrantes Ignacio Martin Baró. Disponibles en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws15.htm

16 INDH. Informe complementario a la presentación del Estado de Chile ante el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. Ginebra, 13 y 14 de septiembre de 2011.

17 INDH. Diálogos Regionales sobre Derechos Humanos: Arica y Parinacota, 24-25 de marzo 2011.

lugar a recomendaciones específicas por parte del Comité de la Convención[18].

A pesar de los esfuerzos realizados por el Estado, quienes migran a Chile enfrentan una institucionalidad que no está preparada para su llegada. En el capítulo se revisan las dificultades normativas y de política pública –particularmente en los ámbitos de la salud, el trabajo y la educación– que afectan el pleno ejercicio de derechos por parte de los y las migrantes en el país.

1. ANÁLISIS NORMATIVO

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos son dimensiones relevantes tratándose de los/as trabajadores/as migrantes y de sus familiares. Lo anterior, pues a pesar de la formulación universal de los tratados internacionales de derechos humanos, habitualmente quienes son nacionales de un país cuentan con una protección más robusta de sus derechos fundamentales que quienes son extranjeros. Históricamente, quienes migran han sufrido manifestaciones de racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante en diferentes partes del mundo que afectan su dignidad y el pleno goce de sus derechos humanos[19].

A nivel global, las barreras culturales y legales, la xenofobia y el racismo, y los prejuicios y mitos sobre las diferentes formas de vestir, de profesar una religión o de ganarse la vida, muchas veces reforzados por los medios masivos de comunicación, generan dificultades en el ingreso y la circulación de los/as trabajadores/as migrantes y sus familiares y afectan sus condiciones de vida. Igualmente, impactan en el tipo de trabajo al que pueden acceder; en muchas ocasiones trabajadores y trabajadoras migrantes, con independencia de su grado de preparación profesional, realizan trabajos en condiciones precarias y con salarios menores a los del mercado. Los riesgos de abusos de parte de empleadores/as aumentan cuando se trata de personas que han ingresado en forma indocumentada o irregular.

18 Comité sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (CMW), Observaciones finales: Chile, CMW/C/CHL/CO/1, 2011.

19 Comisión de Derechos Humanos. Resolución 1999/44, Derechos humanos de los migrantes. 56ª sesión, 27 de abril de 1999.

Estas condiciones pueden verse agravadas por factores que tradicionalmente son fuente de discriminación, tanto en los países de origen como de destino. La etnia, el sexo, la orientación sexual, la edad, el origen socioeconómico, la opinión política y el credo, entre otros, son asuntos que pueden reforzar las condiciones de vulnerabilidad de las personas. Estos problemas se exacerban en los casos de personas refugiadas o víctimas de tráfico y trata de personas.

Las y los migrantes dejan atrás historias y lazos que muchas veces dificultan y hacen más compleja su inserción en los países de destino. Es frecuente que quienes migran deban procurar la mantención de sus familiares –hijas e hijos, padres y hermanas/os–, lo que da lugar a cadenas de cuidado transnacionales y a un significativo envío de remesas a los países de origen (al punto que muchos de ellos las contabilizan en sus PIB).

Las personas migrantes, refugiadas y víctimas de trata y tráfico son titulares de todos los derechos fundamentales contenidos en los diferentes tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos, que hacen distinción entre nacionales de un Estado o extranjeros: los Estados deben cumplir con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Sin perjuicio de ello, la realidad de esta población ha dado lugar a la adopción de tratados por parte de la comunidad internacional que abordan en forma específica sus derechos y las obligaciones del Estado. Entre estos, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en 1990.

En Chile, la legislación de extranjería es antigua, por tanto no da cuenta de las nuevas tendencias migratorias, y presenta déficits importantes frente a los estándares de derechos humanos. El país carece de un cuerpo normativo único y claro para todas las personas. La reglamentación vigente está compuesta por la Constitución Política, la Ley de Extranjería[20] de 1975 y su reglamento[21], el decreto que

20 Decreto Ley N° 1094 de 1975.

21 Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior.

fija normas sobre la nacionalización de extranjeros[22] y el Instructivo Presidencial N° 9 de septiembre de 2008, que fija la política nacional migratoria, entre otras disposiciones.

Tal como reconoció el Estado en su informe ante el Comité, los derechos y estándares contenidos en la Convención sobre los/as trabajadores/as migrantes no están presentes en la legislación. Chile no puede estar ajeno al cumplimiento de estas obligaciones internacionales y debe avanzar hacia la adecuación de su legislación interna a los estándares contenidos en la Convención sobre los derechos de los/as trabajadores/as migrantes y de sus familias. Si bien los tratados internacionales de derechos humanos reconocen la legitimidad de las políticas y leyes que los Estados dicten para resguardar sus fronteras y regular la migración, lo cierto es que los derechos humanos constituyen un límite a su accionar. La Corte IDH recientemente señaló que "si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes"[23].

Un asunto especialmente sensible para la población migrante es la ausencia de disposiciones sobre reunificación familiar. La actual legislación migratoria entiende como grupo familiar del/la trabajador/a migrante el o la cónyuge, y los padres e hijos/as de ambos o uno de ellos. Estas personas, en calidad de dependientes, reciben un permiso de residencia pero no se les permite ejercer actividades remuneradas, lo cual impacta negativamente en las condiciones de vida del grupo familiar en su conjunto, y puede también tener consecuencias en las relaciones de género en la medida que impide la autonomía económica de las mujeres y refuerza su vulnerabilidad ante situaciones de violencia[24]. Otra derivada del problema es que la regulación actual sólo refiere los vínculos establecidos por matrimonio excluyendo las relaciones de convivencia. Aun cuando el Estado informó al Comité que en la práctica la gestión migratoria ha extendido el concepto de familiares a situaciones análogas al matrimonio, la ausencia de disposición explícita en tal sentido deja sujeta su aplicación a la discrecionalidad de los/as funcionarios/as que analizan cada caso.

Respecto de los y las trabajadores/as migrantes en situación irregular, sus hijos/as nacidos/as en Chile corren el riesgo de quedar como apátridas. En efecto, el derecho a nacionalidad se rige por el principio *ius solis* –son chilenos o chilenas quienes nacen en Chile– a excepción de los hijos/as de extranjeros transeúntes. Las autoridades migratorias han aplicado esta disposición a la descendencia nacida en Chile de padres en situación migratoria irregular y, salvo que el país de origen les otorgue una nacionalidad, estos niños y niñas se convierten en apátridas. Al efecto, el Comité CMW recomendó al Estado conceder la nacionalidad a los niños nacidos en Chile de padres en situación irregular, cuando estos no les puedan transmitir la propia, y adherir a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961)[25]. A juicio del INDH, dado que la Constitución Política indica que la persona podrá optar por la nacionalidad chilena, el derecho de opción debe ser preferente en caso que la persona carezca de otra nacionalidad.

Preocupan igualmente al INDH los procedimientos utilizados por la autoridad frente a infracciones de la normativa nacional y a las personas que tienen la condición de "migrante irregular". Conforme lo registrado por personal del Instituto en misión de observación, cuando una persona ha infringido la normativa nacional y tiene la condición de migrante irregular, las autoridades pueden requisar su documentación y entregarle una "Tarjeta de extranjero infractor". La voz "infractor" resulta altamente estigmatizante y puede exponer al trabajador/a migrante a situaciones de maltrato y abuso a causa de su estatus migratorio. El Comité recomendó al Estado eliminar esta práctica.

Es igualmente grave que cuando las autoridades administrativas decretan la expulsión, las personas afectadas cuentan con el estrecho plazo de 24 horas para presentar un recur-

22 Decreto Supremo N° 5142 de 1960 del Ministerio del Interior.

23 Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218, párrafo 97.

24 Según información entregada por SERNAM al INDH (ORD N° 537, 16 septiembre 2011), entre los años 2006 y 2001, se han atendido en los Centros de la Mujer y Casas de Acogida un total de 441 mujeres extranjeras (56 usuarias de las Casas). Respecto de las nacionalidades, pertenecen a 30 distintas, y de ellas el grupo más numeroso es el peruano que corresponde al 55% del total de mujeres extranjeras que han requerido protección.

25 Comité CMW, CMW/C/CHL/CO/1, op. cit., párrafo 33.

so de reconsideración ante la Corte Suprema, acción que paralizaría el proceso de expulsión hasta la resolución del caso por parte de este tribunal superior[26]. Un principio fundamental en derechos humanos es que quienes consideren vulnerados sus derechos –en este caso, con independencia de su nacionalidad y situación migratoria– accedan a un recurso judicial efectivo a tales situaciones. Las disposiciones actuales afectan este derecho, más aún teniendo en cuenta las particulares condiciones de vulnerabilidad de aquellos/as en situación irregular que en muchas ocasiones no cuentan con información suficiente sobre cómo responder ante esta situación. Sobre el particular, el Comité recomendó a Chile ampliar el plazo de presentación de recursos contra decisiones de expulsión de modo que el marco jurídico que regula los procedimientos de expulsión y deportación se aplique adecuadamente[27].

La asistencia legal gratuita resulta fundamental tanto en estas situaciones y como cuando las/os migrantes se encuentran privados de libertad por razones migratorias u otras. El INDH solicitó información a la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) sobre las personas extranjeras que han requerido orientación y patrocinio legal a la entidad, y las materias sobre las que versan. La CAJ indicó que únicamente los Centros de Atención a Víctimas (CAVI) y las Oficinas de Defensa Laboral manejan datos de nacionalidad, edad y materia de consulta[28]. En la información a la que tuvo acceso el Instituto, la clasificación de los datos es precaria y no permite establecer cuáles son los principales ámbitos en que la población migrante demanda asistencia legal y cuáles no están siendo recurridos.

26 Artículo 84 del Decreto Ley N° 109: "La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes. No obstante, la expulsión de los extranjeros sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón. Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento. La medida de traslado a que se refieren los artículos 81, 82 y 83 será dispuesta por autoridades oficiales señaladas en el artículo 10, con el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes".

27 Comité CMW, CMW/C/CHL/CO/1, op. cit., párrafo 29.

28 CAJ, Oficio 0349/2011 en respuesta requerimiento información del INDH.

El Estado informó al Comité su intención de presentar al Parlamento un proyecto de ley sobre migración, lo cual permitiría al país contar con un cuerpo legal acorde a la actual realidad migratoria en Chile. El INDH vigilará que el proyecto recoja los estándares internacionales en materia de derechos humanos y que en su redacción se consideren las inquietudes de la sociedad civil y, muy especialmente, de las/los trabajadores migrantes y sus familias.

2. DEBILIDADES EN LA POLÍTICA PÚBLICA Y PRINCIPALES SITUACIONES DE VULNERACIÓN DE DERECHOS

En el campo de la política pública migratoria, el Estado ha reaccionado en los últimos años ante los problemas más urgentes que han afectado a poblaciones en riesgo, como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes en condición de irregularidad. Esta voluntad se traduce en disposiciones en materia de salud y educación, principalmente[29].

Es necesario que esta voluntad trascienda hacia políticas programáticas y acciones más decididas. Los problemas que afectan a la población migrante y vulneran sus derechos fundamentales han sido ampliamente recogidos por los medios de comunicación y expuestos al Estado y ante instancias internacionales por las propias organizaciones de migrantes y ONGs que trabajan por sus derechos. Casos como el del ciudadano ecuatoriano Freddy Quiñones[30] y la de una persona afrodescendiente que habría sido expulsada por su color de un servicio público[31] son expresiones mediáticas de estos problemas; así como el reciente incendio de una residencia en el centro de Santiago que mostró las precarias

29 Oficio ordinario N° 3229 de 11 de junio de 2008 del Ministerio de Salud y el Oficio Ordinario N° 77/1008 (1531) de 2005.

30 Carabinero detuvo a Freddy Quiñones (48) en la Alameda en marzo de este año con el argumento que se habría resistido a un control de identidad, por haberse pasado en rojo un semáforo en su bicicleta. Las personas que circulaban en el lugar reclamaron a Carabineros por lo que consideraron un abuso. El Instituto requirió información para evaluar si existió vulneración a los derechos del ciudadano Quiñones.

31 El Director Regional Arica y Parinacota del FOSIS don Patricio Piña habría señalado que "no me gusta trabajar con negros". Posteriormente tuvo que presentar su renuncia al Director Ejecutivo del FOSIS don Claudio Storm, la cual fue aceptada.

condiciones de subsistencia que pueden enfrentar las familias de migrantes y población refugiada[32].

Contar con un diagnóstico acabado de la realidad migratoria en Chile es una tarea prioritaria, la cual debiera incluir, entre otras materias, una revisión de las necesidades, conflictos y obstáculos que enfrentan las/los trabajadores migrantes y sus familiares. Para estos efectos es relevante contar con información cuantitativa desagregada por sexo, ubicación geográfica y edades, así como por trabajo desempeñado.

Ante la creciente feminización de la migración, es particularmente relevante que el Estado produzca información sobre la situación de las mujeres. Solo en la comunidad peruana residente en Chile, que supera las 125.000 personas, las mujeres representan el 60,2% del total[33]. El informe presentado por Chile ante el Comité no contiene toda su información desagregada por sexo, y tampoco menciona si el género ha sido un factor relevante al momento de diseñar e implementar las acciones estatales en materias migratorias[34]. Esta puede ser la causa por la cual no se mencionan programas orientados a las mujeres trabajadoras migrantes, que aborden su realidad laboral, económica o social, ni los principales problemas que las aquejan y las acciones que se implementarán al efecto.

Otro problema que debe ser abordado en manera sostenida por el Estado es la discriminación y xenofobia que afecta a la población migrante en el país. La encuesta sobre derechos humanos realizada por el INDH a comienzos de 2011 mostró que chilenos y chilenas aún conservan mitos y prejuicios respecto de los y las extranjeros/as, particularmente de origen latinoamericano. En efecto, 22,8% considera que "los inmigrantes latinoamericanos que viven en nuestro país son más propensos a cometer delitos que los chilenos", y 26% señaló "no estar en acuerdo ni en desacuerdo" con esta afirmación; el 50,5%, en cambio, no cree que esto sea efectivo. Rangos similares muestra la indagación sobre el impacto de la migración en el acceso al trabajo para los/as chilenos/as[35]. El Comité recomendó al Estado reforzar sus acciones para combatir las actitudes discriminatorias y la estigmatización social, particularmente a través de campañas que creen conciencia en la ciudadanía, los profesionales de los medios de comunicación y los/as funcionarios/as públicos.

DERECHO AL TRABAJO

La legislación en Chile establece que las empresas que cuenten con más de 25 trabajadores/as deben estar compuestas en un 85% de chilenos/as; esta norma puede resultar discriminatoria, por lo cual el Comité recomendó aplicarla a los/as trabajadores/as con un permiso de trabajo inferior a 5 años y únicamente en aquellas categorías laborales que sean de particular interés para el Estado (de conformidad con el art. 52 de la Convención).

En materia laboral, la información entregada por el Estado muestra diferencias en la vinculación ocupacional de hombres y mujeres. Los primeros se desempeñan como empleados y obreros (70%), trabajadores por cuenta propia (21%) y empleadores (6%). Las mujeres, en cambio, se distribuyen entre empleadas y obreras (48%), servicio doméstico (34%), trabajadoras por cuenta propia (13%) y empleadoras (4%). El Comité mostró particular preocupación por la situación de las trabajadoras migrantes vinculadas al servicio doméstico y recomendó al Estado una mayor y sistemática vigilancia de las condiciones laborales que las afectan, y tomar medidas para garantizar el acceso a mecanismos de presentación de denuncias ante la ocurrencia de abusos, especialmente cuando se trata de trabajadoras que no tienen su situación migratoria regularizada[36].

La Dirección del Trabajo informó al INDH que durante 2009 y 2010 ha recibido 959 denuncias de personas extranjeras, 59,4% de estas realizadas por mujeres. Del total,

32 El hecho ocurrió en octubre de este año. La prensa mostró que en 200 metros cuadrados habitaban al menos 12 familias de ciudadanos/as haitianos/as –refugiados del terremoto– y de peruanos/as. Ver www.lacuarta.cl/noticias/cronica/2011/10/63-117004-9-incendio-dejo-con-lo-puesto-a-haitianos.shtml

33 Fundación Instituto de la Mujer, Ciudadanía y protección de los derechos humanos de la población inmigrante en Chile. Santiago, 2011.

34 Un asunto poco abordado es, por ejemplo, el envío de remesas de las mujeres migrantes a sus países de origen. Un estudio realizado para el caso de la migración de los países andinos mostró que la mayor parte de los 3 mil millones de dólares en remesas que ingresaron en 2010 a estos países desde España fueron enviados por mujeres. Oxfam, Abriendo Mundos. Buenas prácticas en migración femenina andina, Gran Bretaña, 2011.

35 Frente a la afirmación "No se debería permitir la llegada de más peruanos porque dejan sin trabajo a una persona chilena", el 30,8% se declaró completamente en acuerdo, 22,7% ni en acuerdo ni en desacuerdo y 46,3% la rechazó. INDH, Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2011, op. cit.

36 Comité CMW, CMW/C/CHL/CO/1, op. cit., párrafo 37.

el mayor número se concentra en la Región Metropolitana, y en la II y I Región, en ese orden, y principalmente de personas de Perú, Colombia, Bolivia y Ecuador. Las materias denunciadas son, entre otras, no pago de salario mínimo y de horas extras, informalidad en la contratación ("contrato sin escriturar"), irrespeto a las normas de protección de la maternidad, vulneración de normas de higiene y seguridad laboral, no pago de cotizaciones y fondo de pensiones[37]. Esta información, sin embargo, no refleja toda la realidad de irregularidades y abusos que se producen en la relación entre empleadores y personas migrantes. Aún cuando la ley en Chile permite a todas las personas extranjeras denunciar situaciones de abuso, con independencia de su condición migratoria, es poco factible que los y las migrantes que no tienen regularizada su situación soliciten la intervención de un órgano del Estado. Prima el temor a ser objeto de medidas que puedan afectar su permanencia y posibilidades laborales en el país. El Comité solicitó al Estado producir información sobre los/as trabajadores/as en situación irregular a través de estudios y estimaciones, lo que permitiría identificar que otras medidas y políticas son necesarias para proteger de mejor manera los derechos de esta población.

Para el INDH, el Estado debe actuar con mayor diligencia ante la ocurrencia de abusos contra la población migrante que se producen en las relaciones laborales, entre otras, fiscalizando a los/as empleadores en las áreas económicas donde esta se desempeña mayoritariamente. Durante 2011 se conoció la situación de un grupo de trabajadores y trabajadoras paraguayas trasladados/as a Chile para trabajar en fundos de Javier Errázuriz Talavera; los antecedentes recabados por el Instituto muestran que podría tratarse de un caso de tráfico de migrantes, delito tipificado y sancionado en el Código Penal: "el que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales" (art. 411 bis). El INDH ha presentado querella criminal contra quienes resulten responsables[38].

37 Dirección del Trabajo, ORD N° 2271 del 3 de junio 2011, respuesta requerimiento de información por parte del INDH.

38 El caso se aborda en extenso en el capítulo de Trata de Personas en este Informe.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

El Estado de Chile asegura a todas las niñas, niños y adolescentes el ingreso y mantención en la educación preescolar, básica y media, con independencia del estatus migratorio de sus padres[39]. Esta medida es altamente valiosa; sin embargo, se fijan plazos para la normalización de la documentación de estudios que no siempre es posible cumplir, poniendo en riesgo la continuidad y/o la acreditación de sus estudios[40]: si al fin del año escolar, los/as estudiantes no han normalizado su documentación, sus notas no ingresan al sistema del Ministerio de Educación ni pueden ser formalmente promovidos si corresponde emitir los certificados de los cursos aprobados[41]. De acuerdo con información recabada por el INDH, en el año 2010 había 27.927 estudiantes extranjeros en los distintos niveles de enseñanza; los datos disponibles no permiten establecer el carácter de dicha matrícula (provisoria o definitiva), ni la cobertura de reconocimiento de estudios y promoción de estos/as estudiantes.

Hay solo dos denuncias en el año 2010 y cuatro durante el primer semestre de 2011 respecto al ejercicio del derecho a educación de migrantes. El resto, refieren a otras discriminaciones, que dicen relación a maltrato psicológico y exclusión entre pares o por parte de docentes (2 en el 2010 y 4 en el 2011). En consecuencia, no es posible establecer un juicio fundado sobre las prácticas de integración/exclusión de estudiantes migrantes en las comunidades escolares. Situación similar ocurre con los niños, niñas y adolescentes de poblaciones nómades, como circenses y pueblo Rom.

Si bien el acceso es determinante, también lo es el contenido y calidad de la educación. En este sentido, es importante que el Estado se preocupe que el contenido de planes y

39 Oficio Ord N° 07/1008 (1531) de 2005), op. cit.

40 En información remitida al INDH por parte del Ministerio de Educación (ORD N° 301 de 26 de mayo 2011), se indica: Por disposición del Decreto Supremo de Educación N°651 de 1995, "los alumnos deberán ser aceptados y matriculados provisionalmente en los establecimientos educacionales", para lo cual se exige la autorización otorgada por el Departamento Provincial de Educación. Esta autorización de matrícula provisional se otorga con documentación que acredite la identidad, edad y últimos años cursados en el país de origen, "no pudiendo constituir impedimento el hecho que estos documentos no cuenten con el trámite de legalización". Los alumnos deben tener resuelta su situación escolar y estén matriculados en forma definitiva antes del período de evaluación de fin de año.

41 Red de Migraciones e Interculturalidad. Matriz de diagnóstico y propuestas de solución. Santiago, octubre 2011.

programas promocione el respeto a la diversidad y el conocimiento de otras culturas y su historia, y garantice que se elimine todo prejuicio, estigmatización y concepciones que promuevan la superioridad de un país por sobre otro.

De igual forma, si bien las/los migrantes y sus hijos pueden acceder a la educación superior, la posibilidad de contar con un crédito universitario estatal está reservada únicamente a las/los chilenos[42]. Resulta necesario que el Estado adecue esta normativa permitiendo acceder al crédito universitario estatal para las/los inmigrantes garantizando así el derecho a la educación.

DERECHO A LA SALUD

Las normas vigentes aseguran la atención médica de urgencia a los inmigrantes en situación irregular, y el acceso de todas las inmigrantes embarazadas y de los/as niños/as y adolescentes, con independencia de su condición migratoria, a la atención de la salud. No existe información que permita establecer el grado de cumplimiento de estas disposiciones en todas las regiones del país.

Gran parte de las mujeres migrantes están en plena edad reproductiva y requieren, por tanto, atenciones que van más allá del prenatal, parto y puerperio, como el acceso a información sobre anticonceptivos y a su suministro, y atención a enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA, entre otras. Un estudio realizado sobre la situación de las mujeres peruanas encontró que el sistema público sanitario no atiende enfermedades ocurridas durante el puerperio, aduciendo que no existen normativas que así lo especifiquen. Es probable, señala la investigación, "que algunas mujeres recurran a un servicio privado de salud, a pesar del alto costo que eso significa, pero también se puede pensar que algunas de ellas deciden posponer la atención, con el consiguiente riesgo de salud que eso implica"[43]. Para el INDH, el Estado debe mostrar preocupación particular sobre las migrantes en situación irregular que, estando embarazadas, no asisten a los consultorios de atención primaria por temor a ser denunciadas o porque desconocen la existencia de la normativa que prevé su atención.

Los esfuerzos realizados por el Estado en materia de trabajo, educación y salud deben ser revisados a fin de conocer los impactos de las regulaciones y políticas aplicadas, y las principales dificultades en el goce de los derechos fundamentales de las/los trabajadores migrantes y sus familias. La ausencia de esta mirada constituye una carencia importante. Para el INDH es necesario que exista un diálogo con las organizaciones de personas migrantes y las ONGs preocupadas por el respeto de los derechos de esta población, de forma tal de recoger sus preocupaciones. Estas acciones permitirán al Estado diseñar e impulsar políticas públicas y legislación que reconozca la situación concreta en la que se encuentran las/los trabajadores migrantes y sus familiares y, de esta forma, respetar y garantizar efectivamente sus derechos humanos.

VOTO DE CHILENOS EN EL EXTERIOR

Finalmente, al INDH le interesa relevar la situación del derecho al voto de los chilenos y chilenas que se encuentran en el exterior. Según información proporcionada por el Estado al Comité CMW, existen 857.781 ciudadanos/as chilenos que residen en el exterior; los países donde están mayoritariamente concentrados son Argentina, Estados Unidos y Suecia[44].

Al Parlamento se han presentado dos proyectos de ley sobre la materia, ninguno de los cuales ha finalizado su tramitación aun cuando existe hoy un amplio consenso sobre la necesidad de establecer esta garantía[45]. El debate se ha centrado en los requisitos que debieran cumplir quienes residen en el extranjero para ejercer su derecho al sufragio. Los Ministros Muñoz, Herreros, Pierry y Brito han opinado que la "Carta Fundamental reconoce el derecho de sufragio sin establecer exigencias –salvo– los requisitos genéricos relativos a la nacionalidad, edad y no haber sido condenado

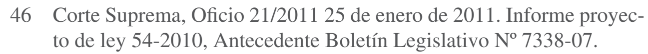
42 Crédito Universitario – Fondo Solidario.

43 Núñez, Nuria y Torres, Carmen. Mujeres migrantes peruanas y salud reproductiva usuarias de consultorios de salud de la zona norte de la Región Metropolitana. Fundación Instituto de la Mujer, Santiago, 2007.

44 Ministerio de Relaciones Exteriores. Respuesta a lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Chile (CMW/C/CHL/1). En estos tres países residen aproximadamente 600.000 ciudadanos y ciudadanas chilenos/a.

45 Boletín N° 7335-07 sobre voto de chilenos en el extranjero ingresado el 1º de diciembre de 2010; Boletín N° 6950-07, Reforma constitucional para permitir el voto de los chilenos desde el extranjero, ingresado el 19 de mayo de 2010.

a pena aflictiva […] La residencia de un chileno en el extranjero no puede ser factor de discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados por el legislador respecto de un chileno que habita en Chile, como tampoco podrá serlo la exigencia de un vínculo con el país o la condición de permanencia durante un determinado tiempo anterior a los comicios. Implica una contravención al artículo 5° de la Constitución Política de la República, el limitar el derecho a sufragio, estableciendo condiciones para su ejercicio que vulneran el principio de igualdad ante la ley"[46]. Sobre este tema, el Comité de la Convención sobre trabajadores/as migrantes y sus familiares alentó al Estado a "retomar las iniciativas ya emprendidas con miras a permitir que los emigrantes chilenos que trabajan en el extranjero ejerzan su derecho al voto en las elecciones"[47]. El INDH se ha propuesto dar seguimiento a esta recomendación.



46 Corte Suprema, Oficio 21/2011 25 de enero de 2011. Informe proyecto de ley 54-2010, Antecedente Boletín Legislativo Nº 7338-07.

47 Comité CMW, CMW/C/CHL/CO/1, op. cit., párrafo 49.

4

TRATA DE PERSONAS



TRATA DE PERSONAS

4

ANTECEDENTES

La trata de personas es el comercio de seres humanos con fines de explotación sexual, laboral, esclavitud o servidumbre, o el tráfico de órganos. Está catalogada como crimen internacional[1] y una grave violación de los derechos humanos, y en particular de la dignidad humana. La Relatora especial de Naciones Unidas sobre Trata de personas señaló en su informe que "en distinta medida y en diferentes circunstancias, hombres, mujeres y niños de todo el mundo son víctimas de lo que se ha convertido en una forma moderna de esclavitud. La trata de seres humanos es una de las actividades delictivas de más rápido crecimiento en el mundo y vulnera gravemente los derechos humanos y la dignidad de sus víctimas"[2].

Desde mediados del siglo pasado la comunidad internacional se ha dotado de instrumentos para prevenir y sancionar la Trata de personas[3], y a nivel regional la Asamblea General de la OEA ha adoptado resoluciones con este mismo propósito[4]. La revisión de los convenios y resoluciones muestra el largo camino que la comunidad internacional ha tenido que recorrer para definir este fenómeno, esfuerzo que se materializó en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo, en adelante, el Protocolo), complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[5]. El Protocolo define la Trata de personas como:

"La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos" (art. 3.a).

1 Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Definición de las violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos como crímenes internacionales. Documento de trabajo presentado por el Sr. Stanislav Chernichenko de conformidad con la decisión 1992/109 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 de junio de 1999.

2 Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la Sra. Joy Ngozi Ezeilo. A/HRC/10/16, febrero de 2009.

Entre ellas, el Convenio 29 de la OIT en 1930, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4), el Convenio para la represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena (1951), las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/293 de julio de 2010 y 65/190 de diciembre de 2010 y las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de 1999/40 (1999), 8/12 (2008), 11/3 (2009) y 14/2 (2010). En julio de 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas.

4 Resoluciones de Combate al Delito de la Trata de Personas, Especialmente Mujeres, Adolescentes y Niñas y Niños CIM/RES. 225 (XXXI-O/02) aprobada del 31 de octubre de 2002, AG/RES. 1948 (XXXIII-O/03) del 10 de junio de 2003; y, AG/RES. 2019 (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004.

5 Chile promulgó la Convención y sus protocolos –uno, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y el otro, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños– a través del Decreto Supremo N° 342 del 20 de diciembre de 2004, publicado en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005.

La Trata puede ocurrir dentro del territorio de un país o ser transnacional; a menudo los grupos de víctimas cruzan varias fronteras antes de llegar a su destino final. Las características del delito y la clandestinidad en que se produce, junto a las débiles legislaciones y la realidad de las víctimas hacen que sea difícil conocer la magnitud del problema y el número de personas que afecta. La Oficina de las Naciones Unidas contra el Delito (UNODC) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estiman que la Trata de personas con propósitos sexuales y laborales es la más extendida, aun cuando identifican también otros fines como la servidumbre, el tráfico de órganos y la explotación de niños para la mendicidad o la guerra. La explotación sexual representa aproximadamente el 80% de los casos detectados, y de estos, alrededor del 80% de las víctimas son mujeres y niñas[6]. El comercio de seres humanos es un negocio al que no le falta oferta ni demanda; de hecho, es la actividad ilegal más lucrativa, después de la droga y de las armas: las Naciones Unidas estiman que el mercado de la Trata de personas mueve alrededor de 32.000 millones de dólares por año[7].

En América Latina y el Caribe se estima que son víctimas de Trata entre 600 mil y 800 mil personas, en su gran mayoría mujeres[8]. El problema tiene una importante dimensión al interior de los países, y también responde a una amplia demanda internacional. "Tradicionalmente, los centros de reclutamiento más activos han estado ubicados en Brasil, Colombia, República Dominicana, Surinam y las Antillas y más recientemente en México, Argentina, Ecuador y Perú. Se estima que anualmente cerca de 100.000 mujeres y adolescentes provenientes de estos países son conducidas con engaños y falsas promesas de empleo a Estados Unidos, España, Holanda, Alemania, Bélgica, Israel, Japón y otros países asiáticos"[9]. La dificultad de relacionar las dos estadísticas que se mencionan muestra la precariedad de los datos existentes y la necesidad de contar con esfuerzos regionales concertados para un mejor conocimiento de la magnitud del problema y de las personas a quienes afecta.

Para luchar efectivamente contra este crimen resulta necesario adoptar un enfoque de derechos humanos, en la medida que la Trata de personas debe entenderse en el amplio contexto de desigualdad y violencia estructural. La Relatora Joy Ngozi Ezeilo en su informe señala que el problema puede analizarse desde distintas perspectivas –"como los derechos humanos, la lucha contra la delincuencia y la justicia penal, la migración o el trabajo"–, pero realza el hecho que para conseguir cambios significativos y sostenibles "lo más deseable sería adoptar un enfoque integrado que situara los derechos humanos en el núcleo de todos los esfuerzos"[10]. La Trata, agrega, representa una violación grave a los derechos humanos, "especialmente el derecho a la libertad y a no ser sometido a esclavitud ni a servidumbre involuntaria, el derecho a no ser objeto de trato cruel o inhumano, el derecho a no sufrir violencia y el derecho a la salud, entre otros"[11]. En igual sentido, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha enfatizado la necesidad de que las medidas contra la Trata no pueden redundar en el desmedro de los derechos humanos y la dignidad de las personas, en particular de sus víctimas[12].

En la región, a las resoluciones de la OEA se agregan las reuniones que sobre Trata de personas se han realizado durante la década y los planes adoptados en subregiones del continente, entre ellos los acuerdos del Mercado Común de Sur (MERCOSUR). Chile, en tanto Estado asociado, forma parte del Plan de Acción del MERCOSUR para la Lucha contra la Trata de Personas, y ha avanzado en el presente año en materia normativa, como se verá en el presente apartado. A pesar de la creciente importancia que los Estados están dando al problema, se mantienen dificultades a efectos de prevenirlo, investigarlo y sancionarlo, y dar justicia y reparación a las víctimas. De hecho, las organizaciones de la sociedad civil presentaron ante la OEA sus preocupaciones en la materia, entre estas: la necesidad de que pre-

6 UNODC. La trata de personas: la cruda realidad. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/blueheart/factsheet_spanish.pdf
7 Ibídem. Ver también: OIT (2005), "Una Alianza Global contra el Trabajo Forzado", disponible en:http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_082334.pdf
8 UNODC. Datos presentados en la Conferencia Regional Trata de Personas: Teoría y Práctica en la Cooperación Regional e Internacional", realizada en Bogotá, 2007. Disponible en: http://www.prensamercosur.com.ar/apm/nota_completa.php?idnota=3774%20
9 Chiarotti, Susana. La trata de mujeres: sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos. Naciones Unidas, Santiago, 2003.
10 A/HRC/10/16, op. cit., párrafo 15.
11 Ibídem, párrafo 19.
12 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. E/2002/68/Add.1, presentado al Consejo Económico y Social.

valezca el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género, y no solo el combate al crimen organizado; la notable ausencia de condenas a tratantes por la falta de adecuación de las legislaciones nacionales a las disposiciones del Protocolo de Palermo y el imperativo de perseguir también la demanda de los bienes y servicios obtenidos a través de la Trata[13].

1. TRATA EN CHILE: LEGISLACIÓN, POLÍTICA PÚBLICA Y REGISTROS

Los signos de estabilidad y crecimiento económico alcanzados por Chile lo convierten en un polo de atracción al flujo migratorio de personas que buscan un mejor futuro para sí y sus familias, y también en "un mercado atractivo tanto para las organizaciones criminales transnacionales, como para las redes delictivas internas. En tal sentido, la trata de personas [...] se presenta como un "nicho de mercado" privilegiado para estas organizaciones delictivas"[14]. La atención del Estado al problema se ha ido construyendo a partir de las obligaciones contraídas a nivel internacional a través de la ratificación de tratados específicos, en particular el Protocolo de Palermo, las iniciativas promovidas desde la sociedad civil y la colaboración técnica de organismos internacionales, principalmente de la Organización Internacional de la Migración (OIM).

Chile se ha convertido gradualmente en un país de origen, tránsito y destino de Trata de hombres, mujeres, niñas y niños con fines específicos de explotación sexual y trabajo forzado. Así lo muestran las investigaciones realizadas por la OIM y la Fundación Raíces de Chile. La primera desarrolló estudios en 2006 y 2008, confirmando la existencia en el país de Trata interna e internacional de personas con fines de explotación sexual y laboral. Del total de víctimas, cerca del 80% corresponde a Trata internacional, y un porcentaje similar son personas mayores de edad[15]. Por su parte, Raíces desarrolló en 2006 una investigación sobre la Trata de niños, niñas y adolescentes con fines de explotación sexual en tres regiones del país; los casos detectados corresponden mayoritariamente a niñas, y el tipo de Trata es principalmente interna[16]. Constatación similar hace el Departamento de Estado de Estados Unidos el año 2010; en el acápite sobre Chile de su informe global sobre la Trata de personas señala que "dentro del país, muchas de las víctimas son mujeres y niñas que responden a ofertas de trabajos falsas y luego son forzadas a ejercer la prostitución. En un rango más limitado, mujeres y niñas chilenas también son traficadas para ejercer la prostitución y el trabajo forzado en países vecinos tales como Argentina, Perú y Bolivia, además de España". El informe también da cuenta de la Trata hacia Chile de mujeres y niñas de Argentina, Bolivia, Perú, Colombia, Paraguay, y de otros países de América, obligadas a ejercer la prostitución o la servidumbre doméstica. Respecto de la Trata con fines de explotación laboral, se reportan víctimas principalmente de Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador, y China, en los sectores minero y agrícola[17].

Tanto el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a propósito del Examen Periódico Universal, como el Comité de la Convención de Derechos del Niño y el Comité de la CEDAW recomendaron la adopción de legislación específica de acuerdo con los estándares del Protocolo de Palermo, así como la realización de estudios y producción de información que dé cuenta de las causas y amplitud de la Trata en Chile en tanto país de origen, tránsito y destino[18]. El INDH señaló, en su Informe Anual 2010, la importancia de que el Estado, a través del Congreso Nacional, dicte una "legislación especial que regule el delito de trata modificando el actual artículo 367 bis del Código Penal

13 Consejo Permanente de la OEA. Conclusiones y recomendaciones de la reunión preparatoria de la sociedad civil para la segunda reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas. RTP-II/doc.7/09, Washington, 3 y 4 de marzo de 2009.

14 Fundación Raíces. Trata de niños/as y adolescentes: una realidad oculta. Estudio exploratorio sobre Trata con fines de explotación sexual en niños, niñas y adolescentes, en las regiones I, V y Metropolitana. Raíces y OIM, Santiago, 2007.

15 OIM Chile. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, una realidad en Chile, 2007; y, OIM Chile. Investigación sobre Trata de Personas en Chile, Resumen Ejecutivo, 2008.

16 Fundación Raíces, op. cit.

17 Departamento de Estado de los Estados Unidos. Sección de Chile del Informe sobre Trata de Personas 2010. Disponible en: http://spanish.chile.usembassy.gov/2010press0617sp-tip-chile.html

18 Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, A/HRC/12/10, párrafo 96 (36); Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales: Chile, CRC/C/OPSC/CHL/CO/1, párrafos 23.c y 24.d; CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, CEDAW/C/CHI/CO/4, párrafo 15.

en pos de sancionar toda forma de explotación, incluida la trata interna de personas"[19].

En este marco, el INDH destaca como un avance la nueva tipificación del delito de Trata de personas adoptada por el país en abril de este año[20]. Con anterioridad a la reforma, el tipo penal restringía sus fines a la explotación sexual. De hecho, la reforma incorporada amplía el delito a trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos: el tipo penal sanciona como Trata de personas "al que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades" (art. 411 quater). Por su parte, en el Código de Procedimiento Penal se incluyó un artículo que otorga a las víctimas permisos de residencia y prohíbe su repatriación cuando exista "grave peligro para su integridad física o psíquica resultante de las circunstancias en que se ha cometido el delito en sus países de origen" (art. 33 bis). No obstante y como se señalara el año 2010 por el INDH, la ley no considera explícitamente la Trata interna de personas, cuestión que los medios de prensa se han encargado de evidenciar.

A nivel de política pública, en el año 2008 se creó la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas que integra a varias reparticiones públicas con el objetivo de "coordinar acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en materia de prevención, represión y sanción de la Trata de personas, especialmente mujeres y niños". Entre las líneas de trabajo, la Mesa debe ejercer una labor de coordinación con agentes públicos y de la sociedad civil, coordinar la generación de un sistema de registro y generar campañas de información y sensibilización de la comunidad internacional. La secretaría ejecutiva de la Mesa está radicada en la Subsecretaría del Interior y la secretaría técnica en el Departamento de Extranjería y Migración del mismo Ministerio. El INDH solicitó información a la autoridad competente sobre el plan de trabajo de la Mesa y los resultados hasta ahora alcanzados, al momento de finalizar este informe, aún sin respuesta.

Persiste en este campo un problema de producción y sistematización de información sobre la Trata. El país no cuenta con un sistema de registro que permita conocer el número de casos detectados, las personas afectadas por sexo, nacionalidad y edad, y otra información relevante para la prevención y atención del problema y la protección de las víctimas. La información que el INDH pudo recabar da cuenta de antecedentes aislados distribuidos en distintas reparticiones públicas, difícilmente relacionables entre sí. Carabineros registra un caso en 2010, en la comuna de Las Condes, que afecta a dos ciudadanas paraguayas obligadas a "ejercer el comercio sexual bajo intimidación" y que llegaron al país con la promesa de desempeñarse como "asesoras del hogar". En 2011, la institución reporta dos casos en la comuna de Santiago en los cuales las víctimas de "trata con fines prostitución" son cuatro mujeres de nacionalidad dominicana[21]; la información proporcionada omite edades.

Por su parte, la Policía de Investigaciones (PDI) registra 11 casos entre 2008 y 2010, advirtiendo que la estadística que maneja la institución "no está elaborada en los términos requeridos" por el INDH, es decir, dando cuenta de la edad y sexo de la persona que denuncia y/o de las víctimas, y sus países de origen[22]. En el informe del Estado al Comité de la CEDAW, se da cuenta de 10 casos entre 2006 y 2010[23]. Los déficit de registros impiden acercarse a la magnitud del problema, identificar los lugares en el país donde aparece con mayor frecuencia, y la población afectada tanto del país como de procedencia internacional.

19 INDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2010, recomendación N° 17, pág. 166.

20 Ley N° 20.507, publicada el 8 de abril de 2011.

21 Oficios N° 1580 (14 de junio 2011) y N° 2097 (14 de septiembre 2011) de Carabineros de Chile, en respuesta a la solicitud de información cursada por el INDH.

22 Oficio N° 288 de 24 de junio 2011 de la Policía de Investigaciones, en respuesta a la solicitud de información cursada por el INDH.

23 Informe Periódico Combinado de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), presentado el 6 de enero de 2011.

Con ocasión de la revisión del Informe de Chile ante el Comité de la Convención de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, varias ONG presentaron informes alternativos que dan cuenta de situaciones de Trata de personas con fines de explotación sexual y laboral en Chile durante el 2010 y los primeros meses de 2011[24], información que se obtuvo a partir de las investigaciones realizadas por OIM, los medios de comunicación[25] y de las organizaciones de la sociedad civil.

Los pocos datos que existen están muy distantes de poder establecer la real magnitud del problema en Chile. Sin embargo, las investigaciones policiales muestran que la Trata existe, y confirman la acción de mafias dedicadas a la comisión de este delito en el país[26]. Además de las víctimas que han sido trasladadas a Chile bajo engaño o coacción, es importante visualizar el riesgo en la población migrante –particularmente niños y niñas, jóvenes y mujeres– como consecuencia de sus precarias condiciones de vida y la desprotección estatal. El INDH en su Informe de derechos humanos 2010 advirtió sobre la necesidad de producir información y realizar investigaciones sobre el problema.

En el ámbito judicial, la información disponible también es escasa. La Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) informó no contar con un sistema de registro que permita procesar información de acuerdo a los parámetros solicitados por el INDH[27]; señala no "hacer distinción entre las personas extranjeras atendidas" y que "de acuerdo con los parámetros solicitados por usted en la actualidad no es posible obtener de los sistemas de registros con los cuales cuenta esta institución" la información requerida[28]. La Defensoría Nacional Pública, por su parte, reportó haber atendido a 10 imputados/as por el delito de Trata con fines de prostitución entre 2009 y abril de 2011, 7 hombres y 3 mujeres; la entidad advierte que sus datos son parciales[29]. A la fecha de cierre de este Informe, el Ministerio del Interior y la Fiscalía Nacional[30] no habían respondido la solicitud de información sobre la materia cursada por el Instituto.

Algunas reparticiones públicas cuentan con programas de atención y personal capacitado. El Servicio Nacional de Menores (SENAME) informa disponer de equipo técnico especializado "en el estudio, análisis, propuestas técnicas y gestión, si corresponde, de acciones dirigidas a la protección de cada niño, niña y adolescente migrante vulnerado en sus derechos ingresado o no a la red de programas de atención". Respecto de la Trata en particular, implementa un programa desde 2007 con Bolivia, "dirigido a prevenir las peores formas de trabajo infantil y, en especial, la trata de niños, niñas y adolescentes entre ciudades fronterizas". En este marco, han realizado talleres con representantes de gobiernos y de la sociedad civil en las ciudades fronterizas "intercambiando propuestas y buenas prácticas en las líneas de protección a niños y niñas, sensibilización y capacitación de actores claves"[31].

Por su parte, la PDI formó en el año 2006 un equipo multidisciplinario contra la Trata de personas, dirigido por la Jefatura Nacional de la Familia (JENAFAM); a su vez, la Brigada de Delitos Sexuales y Menores (BRISEXME) de la institución cuenta con personal capacitado por la OIM en la investigación de delito de explotación sexual de niños/as y la Trata

24 Presentaron informes sombra: ACHE-CANON, Fundación Instituto de la Mujer, Corporación Humanas, Red Chilena de Migración e Interculturalidad, Asociaciones Chilenas en España y Centro de Atención a Inmigrantes Ignacio Martin Baró. Disponibles en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws15.htm

25 La detención de 14 personas por parte del Departamento de Investigación de Organizaciones Criminales (OS-9) de Carabineros dedicadas a la Trata de mujeres dominicanas con fines de explotación sexual (Agencia UPI, 26 de mayo de 2011) y la situación de tres jóvenes indonesias sometidas a explotación laboral en Punta Arenas (Radio Bío-Bío, 19 de julio de 2011).

26 ACHE-CANON (op. cit.), detalla en su informe al Comité lo que arrojan las investigaciones de Carabineros y la PDI que involucran a ciudadanas colombianas y dominicanas: "[…] Carabineros elaboró el catastro y el mapeo a raíz de las denuncias, detenciones, procedimientos y empadronamientos que se han realizado en locales nocturnos dedicados, para lo cual tomaron en cuenta los registros del 2010 y lo que va de este año. Con esta información se establece si actualmente está trabajando en Chile alguna mafia dedicada a la trata de personas […] En los últimos siete meses son dos las bandas dominicanas dedicadas a "trata de blancas" que ha desbaratado el OS-9. La última fue detenida el 26 de mayo, en que se determinó que la promesa para traerlas a Chile era que trabajarían de empleadas domésticas. Los delincuentes cobraban 1.200 dólares a las víctimas para que llegaran al país y les entregaban todos los códigos de vestimenta para que no llamaran la atención".

27 Oficio N° 0319/2011 de 7 de junio de 2011 de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, en respuesta a la solicitud de información cursada por el INDH.

28 Los parámetros solicitados son edad, nacionalidad, lugar donde se brindó la atención y la materia de la misma, entre otros.

29 Oficio N° 509 de 18 de mayo de 2011, en respuesta a la solicitud de información cursada por el INDH.

30 La información disponible en la página web carece de la desagregación suficiente sobre el número de causas incoadas y sus términos, y las personas que afecta.

31 Oficio N° 1922 de 13 de junio de 2011 de SENAME, en respuesta a la solicitud de información cursada por el INDH.

de personas en Chile[32]. Otras instituciones consultadas por el INDH respondieron no contar con herramientas específicas –Carabineros informó no contar con protocolos, instructivos o guías que sirvan para detectar situaciones de trata y tráfico de personas[33].

La información disponible parece señalar que son principalmente SENAME y la PDI donde se encuentra capacidad instalada para abordar el complejo fenómeno de la Trata de personas, situación que da cuenta de la precariedad en que aún se encuentra la respuesta institucional pública al problema. Los escasos registros junto con esta debilidad institucional hacen difícil implementar políticas públicas de impacto, tanto para la prevención del delito como para la protección y reparación de las víctimas. No obstante, la recientemente aprobada legislación sobre Trata puede contribuir a modificar este escenario.

2. EL CASO DE 34 CIUDADANOS/AS PARAGUAYOS/A

En mayo de este año se conoció la denuncia de explotación laboral de ciudadanos/as paraguayos/as, caso ante el cual el INDH ha interpuesto una querella criminal. Durante los meses de mayo y junio, diversas autoridades locales y nacionales –como el Gobernador de Cardenal Caro, la Ministra del Trabajo y Previsión Social, Evelyn Matthei, y diputados/as de la República– denunciaron la existencia de una serie de irregularidades de carácter laboral y migratorio, realizadas por un grupo de empresas pertenecientes al empresario agrícola Francisco Javier Errázuriz Talavera. Estas irregularidades afectan a más de 150 trabajadores/as de origen paraguayo, entre ellos dos menores de edad, quienes fueron contactados/as y captados/as en distintas ciudades de su país, trasladados y recibidos en Chile.

Medios de comunicación nacionales informaron que dos trabajadoras y un trabajador regresaron a Paraguay, y denunciaron malas condiciones laborales en los fundos de Errázuriz: "[…] solamente recibían una comida al día y agua salada para beber, mientras que los empresarios les obligaban a trabajar de día y de noche en un viñedo de Santa Ana, en la Región de O'Higgins, que es de propiedad de Errázuriz"[34]. A raíz de la denuncia, la Unidad I Especializada en Trata de Personas y Explotación Sexual de Niños/as y Adolescentes del Ministerio Público Paraguayo imputó a dos de los responsables del reclutamiento por el delito de "trata de personas con fines de explotación personal y laboral y tráfico ilícito de personas", ambos actualmente detenidos en Ciudad del Este.

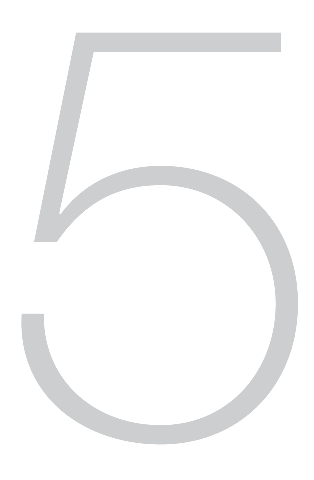
Según declaraciones de las víctimas ante la fiscal Carolina Gadea que instruye la investigación en Paraguay, fueron contactadas para trasladarse a Chile y trabajar en dos fundos del citado empresario: San Antonio de Petrel y La Esperanza, el primero ubicado en las cercanías de Pichilemu y el segundo en Santa Cruz, estableciéndose un sueldo mensual que bordeaba los 3 millones de guaraníes (alrededor de 360.000 pesos), sueldo que incluía habitación, alimentación y posibilidad de comunicación con el Paraguay. El contacto en el Paraguay lo habrían realizado los ciudadanos paraguayos quienes además coordinaron su traslado.

El 26 de mayo, la Ministra del Trabajo señaló que en su Ministerio se tenían "pruebas totalmente fehacientes que demuestran que estas personas no se estaban capacitando, sino que estaban trabajando de forma ilegal" y que estábamos ante "una persona que organiza una red para traer personas del extranjero a trabajar a Chile de forma ilegal"[35]. Al día siguiente, el Ministro del Interior (s), Rodrigo Ubilla Mackenney, informaba que "el Intendente de la Región de O'Higgins, don Patricio Rey, resolvió aplicar multas a las empresas Frutales y Viñedos Errázuriz Ovalle S.A.; Ganadería y Cultivos de La Costa S.A. y al empresario Francisco Javier Errázuriz, en su calidad de infractores del artículo 74 de la Ley N° 1.094, que establece que no se puede dar ocupación a extranjeros que no estén debidamente autorizados para trabajar"[36].

Para el INDH, en el presente caso se cumplirían los requisitos del delito de Trata por cuanto, a través de engaño, un

32 Raíces, op. cit.
33 Oficio N° 1580 de Carabineros de Chile, op. cit.
34 Radio Bío-Bío, de 22 de mayo de 2011; Diario "El Cachapoal, 21 de mayo de 2001.
35 Emol, www.emol.cl de 26 de mayo de 2011.
36 Ministerio del Interior, www.interior.gob.cl, de 27 de mayo de 2011.

grupo de personas habrían sido captadas, trasladadas, transportadas y recibidas en Chile con el fin de realizar trabajos que pueden ser calificados como servicios forzados, o al menos una forma análoga de estos, en malas condiciones humanas y laborales. Por ello, y por las facultades que le otorga la ley, el INDH presentó una querella criminal en el mes de septiembre, contra quienes resulten responsables. Este proceso se encuentra, al cierre de este Informe, en etapa de investigación por parte del Ministerio Público; el Estado en virtud de sus obligaciones en derechos humanos tiene el deber de investigar y sancionar con la debida diligencia a los responsables y dar protección y reparación a los y las ciudadanos/as paraguayos/as cuyos derechos fueron vulnerados.



DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



ANTECEDENTES

La Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos obligan a dar un igual trato a todas las personas sin discriminación, incluidos los niños, las niñas y adolescentes. Para ello es relevante que el Estado diseñe e implemente políticas públicas acordes con el mandato que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular la obligación de reconocer el interés superior de estas personas como sujetos de derechos, ya que es justamente ese reconocimiento el que sienta las bases para su trato igualitario.

Para que el Estado dé cumplimiento a la obligación de no discriminación tiene que reconocer que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos y necesidades específicas que corresponden a esta etapa de la vida, sin subestimarlas. Ello es especialmente importante en un grupo de la población que, dadas sus características, se encuentra en una posición de dependencia en relación con los adultos (padres y madres, profesores, médicos, carabineros entre otros) con quienes interactúa en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve. A pesar de los avances que Chile presenta en las últimas décadas en el sentido de un creciente reconocimiento de estas personas como sujetos de derechos, aún mantiene algunos rasgos de las sociedades tradicionales que se expresan en limitaciones de importantes grados de autonomía y participación en los asuntos que les afectan, desconfianza y prejuicios, en particular hacia los jóvenes. En la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH[1], frente a la afirmación "los jóvenes confunden demasiado fácilmente libertad con libertinaje", un 80,3% de las personas manifestó estar de acuerdo con la misma, y un 56,1% respondió estar completamente de acuerdo con que "una palmada, cuando corresponde, es necesaria para dar el orden e imponer el respeto que los niños necesitan"[2], cuestión que es uno de los problemas más serios y en alza, el maltrato infantil.

En su Informe 2010 el INDH destinó un capítulo al análisis de la situación de los niños, niñas y adolescentes como grupo que se enfrenta a serias vulneraciones de sus derechos[3]. En esa oportunidad se planteó una especial preocupación frente al problema de trata de personas, el trabajo infantil, las deficiencias de la normativa referida a la responsabilidad penal adolescente y su aplicación y el acceso a la educación, y se realizaron recomendaciones para las autoridades estatales a los fines de mejorar la situación de niños, niñas y adolescentes.

Al revisar los hechos del año, es necesario destacar las situaciones de violencia que se han dado en los establecimientos educacionales en el país (*bullying*), lo que desembocó en la aprobación de la Ley 20.536 sobre Violencia Escolar que establece medidas a los fines de prevenir y erradicar estas situaciones. Asimismo, el incendio ocurrido en el centro de Sename en la ciudad de Puerto Montt en agosto de 2011 confirmó las precarias condiciones en que estos centros funcionan[4].

1 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, 2011. Disponible en www.indh.cl

2 Ibídem.
3 INDH, Informe Anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile, págs. 123 a 130.
4 Emol.cl, Incendio generado por motín afectó a centro del Sename en Puerto Montt, 30 de agosto de 2011.

A continuación se analizan las novedades normativas en materia de protección a niños y niñas: por un lado, la propuesta de proyecto de ley de protección de derechos de la niñez y la adolescencia, elaborado por la Red de ONG´s de infancia y juventud en Chile, y por otro, la aprobación de la Ley 20.536 sobre Violencia Escolar mencionada en esta introducción. En cuanto a los principales obstáculos en el ejercicio de derechos, se revisa la situación del maltrato y del trabajo infantil, y la implementación de la Ley sobre Responsabilidad Penal Adolescente, especialmente en relación con los déficits que se han observado en sus años de vigencia y las precarias condiciones en que se encuentran los centros del Sename.

1. ANÁLISIS NORMATIVO

El principal órgano a cargo de ejecutar las políticas y programas en materia de niños, niñas y adolescentes es el Servicio Nacional de Menores (Sename), creado a través del Decreto Ley Nº 2465. El Sename depende del Ministerio de Justicia, y tiene una doble función: por un parte, debe contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de sus derechos y, por otra parte, promover y proteger la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal[5]. La ley establece que el Sename debe centrar su actuar en niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos producto de un abandono familiar, por inhabilidad transitoria de los padres o la falta de una persona que pueda hacerse cargo del cuidado personal. Así también el Sename debe ocuparse de los adolescentes imputados de haber cometido alguna infracción a la ley penal. Finalmente, la ley establece que debe prevenir toda situación de vulnerabilidad que pueda afectar a un niño, niña o adolescente. En la práctica, sin embargo, esta doble función que tiene el Sename de ocuparse tanto de quienes han sido víctimas de alguna vulneración en su núcleo familiar, como también de aquellos que son infractores de ley, ha derivado en que en los centros del Sename conviven niños, niñas y adolescentes víctimas e infractores, lo que perjudica el desarrollo de sus funciones.

5 Decreto Ley Nº 2465 de 1979 que crea el Servicio Nacional de Menores, artículo 1.

Entre las funciones que la ley otorga al Sename para cumplir con su objetivo está la de aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el gobierno en materia de asistencia y protección de niños, niñas y adolescentes, y proponer además al Ministerio de Justicia planes y programas para prevenir y remediar las situaciones que afectan a niños, niñas y adolescentes. Asimismo, la ley otorga la facultad al Sename para crear centros de internación provisoria y de rehabilitación conductual para el cuidado de esta población.

Las organizaciones de la sociedad civil han planteado ciertas inquietudes en relación al Sename y sus funciones. Por lo mismo, la Red de ONG de infancia y juventud[6], patrocinada por 34 senadores y 60 diputados de todos los sectores políticos, ha elaborado una propuesta que tiene por objeto la adopción de una legislación integral en materia de reconocimiento y protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, que organiza en un solo cuerpo legal lo que se refiere a los derechos de la niñez y la adolescencia para ajustarse a estándares internacionales de derechos humanos e integrar el interés superior de niños y niñas. A pesar del consenso del que goza el proyecto, su presentación formal no se ha realizado dado que solo el Presidente de la República tiene la iniciativa exclusiva para presentar proyectos de ley que busquen crear nuevos servicios públicos, como en este caso, el Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia[7].

El proyecto establece como objetivo garantizar la protección de los derechos fundamentales de los niños/as y adolescentes reconocidos en la Constitución Política, en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y en los demás tratados internacionales. Asimismo, señala que niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, capaces de gozar incondicionalmente de los mismos, con autonomía progresiva para su ejercicio personal, de acuerdo a su edad y madurez. La propuesta consagra el interés superior del niño/a

6 Dicha Red agrupa a 45 organizaciones de derechos del niño con la misión de promover *la defensa y respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes para la construcción de una cultura de derechos*.

7 Constitución Política de la República, artículo 65 N° 2 que señala como iniciativa exclusiva del Presidente de la República el "crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones".

"en todas las medidas concernientes a los niños y adolescentes que tomen las instituciones públicas o privadas, especialmente las de protección de la infancia y adolescencia" (artículo 4). También establece los principios de igualdad y no discriminación, participación, desarrollo y calidad de vida digna, responsabilidad de los padres y de la familia, transparencia y responsabilidad del Estado, entre otros. Junto con el reconocimiento de los derechos a la vida, a la integridad física y psíquica, a la personalidad, a la convivencia familiar, a la libertad, educación, descanso, protección de la salud, seguridad social y protección al trabajo, establece mecanismos administrativos y judiciales para su protección.

Una de las novedades del proyecto es la creación del Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia, cuya función principal sería la de "brindar especial protección a los niños y adolescentes que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad o riesgo de vulneración de sus derechos" (artículo 23).

Durante este año se aprobó la Ley N° 20.536 sobre Violencia Escolar, publicada en septiembre de 2011, que modificó varios aspectos de la Ley General de Educación (LGE), lo que constituye un avance en la protección de los derechos de la niñez y juventud. Esta última ya señalaba en su artículo 1, como principio básico, que la educación "se enmarca en el respeto y valorización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Del mismo modo, el artículo 3 señala que el sistema educativo se construye "sobre la base de los derechos garantizados en la educación, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Finalmente, en su artículo 5 señala como deber del Estado el "fomentar una cultura de la paz".

La nueva ley incorporó un párrafo a la LGE sobre convivencia escolar que establece definiciones básicas y obligaciones de la comunidad escolar hacia cada establecimiento, con el objeto de brindar una debida protección hacia niños, niñas y adolescentes contra todo tipo de violencia en este ámbito. Así, parte definiendo una "buena convivencia escolar" como "la coexistencia armónica de los miembros de la comunidad educativa, que supone una interrelación positiva entre ellos y permite el adecuado cumplimiento de los objetivos educativos en un clima que propicia el desarrollo integral de los estudiantes".

Respecto al acoso escolar, este es definido como "toda acción u omisión constitutiva de agresión y hostigamiento reiterado, realizada fuera o dentro del establecimiento educacional por estudiantes que, en forma individual o colectiva, atenten contra otros estudiantes, valiéndose para ello de una situación de superioridad o indefensión del estudiante afectado, que provoque en este último maltrato, humillación o fundado temor de verse expuesto a un mal de carácter grave". Esta definición es comprensiva del fenómeno de la violencia escolar y contiene elementos que entregan desde el punto de vista normativo una amplia protección a todo escolar, como es el hecho de castigar todo acoso ya sea dentro o fuera del establecimiento escolar, entendiendo que el fenómeno va más allá del lugar físico. Junto con lo anterior, la nueva norma hace referencia a las personas que detentan una posición de autoridad dentro de los establecimientos educacionales, quienes deben abstenerse de cometer cualquier acto que implique violencia física o psíquica. Por lo mismo, obliga a padres, madres, apoderados, profesionales y asistentes de educación, equipos docentes y directivos de los establecimientos a informar las situaciones de violencia física o psíquica de las que tengan conocimiento, debiendo las autoridades adoptar las medidas correctivas del caso y arriesgándose a una multa hasta de 50 UTM en caso de no adoptarlas.

En términos de la institucionalidad encargada de velar por la buena convivencia, la Ley N° 20.536 viene a complementar la LGE. Esta última establece como obligación del Consejo Escolar –órgano encargado de estimular y canalizar la participación de la comunidad educativa en el proyecto educativo– "promover la buena convivencia escolar y prevenir toda forma de violencia física o psicológica, agresiones u hostigamientos"; sin embargo, están obligados a crear este órgano sólo los establecimientos subvencionados o que reciben aporte del Estado. La ley sobre violencia escolar amplía dicha obligación al resto de los establecimientos educacionales, al establecer la creación de un Comité de Buena Convivencia Escolar (CBCE) que cumplirá las mismas funciones que el Consejo Escolar. Así, todo establecimiento, ya sea que funcione con Consejo o con CBCE, deberá contar con responsables de la convivencia escolar, quienes estarán a cargo de implementar las medidas adoptadas por

el Consejo o el Comité. Los establecimientos educacionales que quedan comprendidos bajo esta ley tienen un plazo de seis meses a partir de septiembre de 2011 para crear los respectivos comités.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS Y PRÁCTICAS DEL ESTADO

El maltrato y trabajo infantil, y los déficits en el funcionamiento del régimen de responsabilidad penal adolescente son también motivo de preocupación para el INDH.

SOBRE EL MALTRATO INFANTIL

A pesar de los avances normativos en materia de violencia escolar, el maltrato infantil tiene otras manifestaciones. Según Unicef, la violencia física o psicológica está amparada en que "un significativo porcentaje de la población considera al castigo físico y sicológico como una herramienta ´educadora´"[8]. Esta realidad se ha evidenciado tanto en el ámbito familiar, como en los establecimientos educacionales (*bullying*)[9].

Datos de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública dan cuenta que en los últimos años se registra un aumento sostenido de las denuncias por violencia contra personas menores de 14 años –con resultado de lesiones menos graves, graves o gravísimas–, pasando de 1.640 denuncias en el 2005 a 4.728 en el 2009. De acuerdo a estas denuncias, son las niñas las que principalmente han sufrido dicha violencia, aumentando de 1.347 casos el 2005 a 3.869 el 2009[10]. En cuanto a las denuncias por delitos sexuales contra personas menores de 14 años, las mismas aumentaron sostenidamente de 5.990 el 2005 a 8.003 el 2009[11].

Así también, las denuncias telefónicas recibidas por el Sename durante el 2011 dan cuenta de un aumento de los casos de maltrato infantil respecto del 2010. Durante el año pasado, el Sename recibió 324 denuncias telefónicas sobre maltrato infantil, correspondientes a 575 niños/as, mientras que hasta agosto de 2011 se habían recibido 341, correspondientes a 653 niños/as[12]. Cabe resaltar el aumento del maltrato infantil grave, donde solo hasta el mes de agosto de 2011 se habían registrado 63 nuevas denuncias respecto al año anterior[13]. Con todo, el registro de denuncias telefónicas del Sename arroja cifras totales menores a las dadas por Carabineros y PDI.

SOBRE TRABAJO INFANTIL

Uno de los aspectos preocupantes en torno al trabajo infantil es la falta de información disponible para evaluar la magnitud y prevalencia del fenómeno. La última encuesta en esta materia data del año 2003[14] y la información proporcionada por el Sename sobre este punto resulta insuficiente para contar con un diagnóstico adecuado. De los datos disponibles el año 2010 se recibieron 17 denuncias (5 por línea telefónica y 12 a través de la Oficina de Información, Reclamos y Sugerencias/OIRS) y durante el primer semestre del 2011 se han recibido 9. Al respecto el INDH en su Informe 2010 realizó una recomendación en el sentido que "los poderes del Estado tienen la obligación de generar información pública que permita identificar y evaluar los avances y dificultades en materia de derechos humanos. En particular, la información tiene que reflejar la situación de los distintos sectores, grupos y colectivos de manera que permita encauzar la política pública y la reforma legislativa que supere las desigualdades"[15]. Esta es una responsabilidad que incluye a los organismos del Estado que tienen por función erradicar el maltrato infantil.

En la misma línea el INDH recomendó que el Estado, a través de sus poderes, adopte "medidas administrativas, judiciales y legislativas pertinentes y eficaces con el objeto de

8 Unicef, Maltrato Infantil en Chile, pág. 1.
9 Al respecto, ver el apartado sobre Derecho a la Educación en este Informe.
10 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría de Prevención del Delito, Datos por edad-sexo 2005-2009. Disponible en www.seguridadpublica.gov.cl
11 Ibídem.
12 Sename, Oficio N° 2.947, 26 de agosto de 2011, pág. 3.
13 Ibídem.
14 Esto ha sido señalado también por la Universidad Diego Portales, la que ha mencionado que "una dificultad ulterior para desarrollar una política consistente de erradicación del trabajo infantil es la insuficiencia de los datos disponibles en la materia. Después de la citada Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2003 no se ha hecho otra medición que permita examinar la evolución del fenómeno", en el Informe Anual sobre Derechos Humanos 2009, Centro de Derechos Humanos, pág. 337.
15 INDH, Informe Anual 2010, op. cit., pág. 164.

erradicar el trabajo infantil"[16], lo que implica como primer paso generar información suficiente y completa para determinar las acciones a seguir.

La obligación de erradicar el trabajo infantil se enmarca en instrumentos internacionales que el Estado de Chile ha ratificado. El Convenio 182 de la OIT establece el deber de los Estados miembros de "adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia"[17]. Por su parte, el Comité de Derechos del Niño planteó, en su último informe sobre la situación en Chile, su "preocupación por el gran número de niños que son víctimas de explotación económica, y en particular su alarma ante el gran número de niños que están expuestos a trabajos peligrosos o degradantes"[18]. El Consejo de Derechos Humanos, en el Examen Periódico Universal rendido por Chile en el año 2009, recomendó "luchar debidamente contra las peores formas de trabajo infantil y erradicarlas y seguir enfrentando el problema de los niños de la calle y el trabajo infantil"[19]. Esta última recomendación adquiere mayor fuerza al considerar que de acuerdo a datos del Ministerio de Planificación publicados en octubre de este año, en Chile existen 785 niños y niñas en situación de calle[20].

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

Un aspecto destacado por el INDH en el Informe 2010 se refirió a la responsabilidad penal adolescente, recomendando a los poderes del Estado "limitar el uso de la privación de libertad como medida inmediata para los/as jóvenes procesados en virtud de la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, reservando esta medida para casos excepcionales"[21]. Esta recomendación se basa en que, si bien la ley fue pensada para la reinserción de jóvenes que cometen un delito, la tendencia práctica ha sido la adopción inmediata de las medidas punitivas más fuertes como es la privación de libertad para personas que están entre los 14 y 18 años.

Las cifras de la Defensoría Penal Pública sobre esta materia muestran que el ingreso de causas por la Ley Nº 20.084 ha ido en aumento. Durante el 2008, primer año de vigencia de la ley, se presentaron 28.916 causas, las que aumentaron a 32.316 y a 32.798 el 2009 y 2010 respectivamente[22]. Asimismo, el promedio de días que un adolescente está privado de libertad también ha aumentado en el período 2008 a 2010, de 81 a 118 días. Del total de causas ingresadas en los últimos tres años, un 74% corresponde a adolescentes de 16 y 17 años, mientras que un 26% a adolescentes de 14 ó 15 años[23].

A nivel nacional, las regiones donde se presenta un mayor incremento en la aplicación de la Ley Nº 20.084 es, en primer lugar, la de Arica-Parinacota con un 154,6%, seguida de Tarapacá con un 89,9%, Antofagasta con un 48% y Los Ríos con un 34,2%[24]. Asimismo, los delitos de mayor ocurrencia son en materia de propiedad, principalmente hurto simple (18.288 causas), robo con intimidación (7.566 causas) y robo por sorpresa (6.018 causas)[25].

De los adolescentes condenados, el 34,8% recibe una sanción privativa de libertad, es decir, existe un 65,2% de adolescentes que, habiendo estado privados provisoriamente de libertad, recibieron condenas alternativas a la privación de libertad. Este porcentaje además viene en aumento. Durante el primer año de vigencia de la ley, el porcentaje de personas sujetas a internación provisoria que finalmente fueron condenadas a privación de libertad fue del 22,9%, mientras que el segundo año fue del 29,7%[26], lo que constituye una vulneración del artículo 33 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que establece la proporcionalidad de la medida cautelar "en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena".

16 Ibídem, pág. 166.
17 Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio N° 182 sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, artículo 1.
18 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, 2007, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 65.
19 Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal: Chile, A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 96 N° 53.
20 Ministerio de Planificación, datos del Catastro Calle 2011, en http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/2011/10/04/ministro-lavin-revela-que-12.423-personas-viven-en-situacion-de-calle-y-detalla-nuevo-perfil-de-ninos-de-la-calle, noviembre 2011.
21 INDH, Informe Anual 2010, op. cit. pág. 166, recomendación N° 16.
22 Defensoría Penal Pública, tres años de vigencia de la ley de Responsabilidad Penal Pública, 2011, pág. 8.
23 Ibídem, pág. 7.
24 Ibídem, pág. 8.
25 Ibídem, pág. 23.
26 Ibídem, pág. 17.

En definitiva, de acuerdo a los datos analizados, la aplicación de la Ley de RPA crea un escenario de vulneración de los derechos humanos de los y las adolescentes, en la medida que un 65% de los adolescentes internados provisoriamente pasó en promedio 118 días privados de libertad, para posteriormente ser condenados a sanciones alternativas. Si bien es algo positivo el que se considere la aplicación de sanciones alternativas a la privación de libertad de las personas menores de edad, es necesario revisar las medidas cautelares que se disponen en la primera etapa del proceso.

SOBRE LOS CENTROS DEL SENAME

En cuanto a los Centros del Sename, según información proporcionada por el mismo organismo, hasta junio de 2011 existía una disminución en el total de la población que atienden, ya que tanto en régimen cerrado como en el libre, el 2010 se atendía a 37.508 adolescentes, mientras que a junio de 2011 había disminuido a 25.685[27]. No es posible aún explicar este hecho ni sacar conclusiones al respecto, en la medida que es necesario conocer las cifras totales a diciembre de 2011, las que permitirán realizar algún análisis comparativo entre el año 2010 y el 2011.

En relación a los déficits en la infraestructura de estos centros, los informes de las visitas de las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros (CISC)[28] entregaron información que preocupa al INDH. Según los informes correspondientes al primer semestre 2011, se observó la falta de calefacción en los centros, así como dificultades para contar con agua caliente, y el deterioro en la red húmeda y seca, problemas éstos que también estaban presentes en el Centro de Detención Preventivo de San Miguel[29] el día del incendio en donde murieron 81 personas, en diciembre de 2010.

Es preocupante la constatación de dichas falencias en materia de infraestructura, en especial en cuanto a la mantención de la red húmeda y seca en los centros del Sename, toda vez que en los últimos años existen antecedentes de incendios que se han producido en los centros, donde uno de ellos, en el año 2007, provocó la muerte de 10 jóvenes[30]. En el caso de este incendio, una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados elaboró un informe donde sostuvo que "se puede constatar que existe pleno acuerdo y legítima preocupación por el estado en general en que se encuentra la infraestructura con que cuenta el sistema cerrado y semicerrado para jóvenes infractores"[31]. En agosto de este año, un incendio provocado por una riña entre adolescentes afectó nuevamente a un centro del Sename en la ciudad de Puerto Montt, esta vez sin resultados fatales, pero sí con algunos adolescentes heridos[32], lo que constata lo grave de la situación.

Algunos de los problemas adicionales observados dicen relación con que varios centros no cuentan con espacios suficientes para recibir visitas o al abogado/a representante, ni poseen criterios fijos de edad, sexo, peligrosidad o situación procesal para la separación de la población dentro de los recintos, sino que varían de centro a centro.

En cuanto al derecho a la educación de los niños, niñas y jóvenes que se encuentran recluidos, este no debiera ser alterado por su situación penal; por el contrario, debiera ser especialmente protegido y promovido por las autoridades en relación con este grupo de población puesto que de ello depende su posibilidad de reinsertarse en la sociedad[33].

Según información del Departamento de Justicia Juvenil de Sename, más del 70% de quienes se encuentran en sistemas cerrados de reclusión y no cuentan con escolaridad completa, se encuentran estudiando. Sin embargo, 4 de los 17 centros cerrados y de reclusión provisoria no cuentan

27 Sename, op. cit., págs. 9 a 14.

28 Para ver en detalle los informes de las CISC, ver en http://dosvias.minjusticia.gob.cl/es/cisc/primer-semestre-2011.html

29 Ver al respecto el apartado referido a las Personas Privadas de Libertad en el presente Informe.

30 Elamaule.cl, Fatal Incendio en Centro del Sename en Puerto Montt, 21 de octubre de 2007.

31 Cámara de Diputados, Informe de la comisión investigadora encargada de determinar la responsabilidad administrativa y política que les corresponden a las máximas autoridades del Sename y al Ministro de Justicia, en el fallecimiento de diez jóvenes con ocasión de un incendio provocado al interior de un centro de detención provisoria ubicado en la ciudad de Puerto Montt, 2008, pág. 163. Disponible en http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=100&prmTIPO=INVESTIGAFIN.

32 Emol.cl, Incendio generado por motín afectó a centro del Sename en Puerto Montt, 30 de agosto de 2011.

33 Al respecto ver las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (AG/45/113), la Declaración de Hamburgo sobre Educación de Adultos, y el Informe del Relator Especial del Derecho a Educación de Naciones Unidas, Venor Muñoz, sobre el Derecho a la Educación de las personas privadas de libertad (A/HRC/11/8 2009).

CANTIDAD DE ADOLESCENTES EN CENTROS DEL SENAME 2010 Y 2011

	2010	ENERO - JUNIO 2011
Centros de Internación Provisoria	4.100	2.028
Centros de internación en Régimen Cerrado	1.724	1.334
Centros Semicerrados	1.750	1.207
Programa de Libertad Asistida	2.837	4.139
Programa de Libertad asistida Especial	7.418	5.814
Programas de reinserción educativa para adolescentes privados de libertad	3.443	2.053
Programa de Medidas Cautelares Ambulatorias	5.374	3.636
Programa de Salidas Alternativas	4.184	2.985
Programa de Servicios en Beneficio de la comunidad y de reparación del daño causado	5.375	3.791
Total	**37.508**	**25.685**

Fuente: Sename, Oficio N° 2.947, 26 de agosto de 2011.

con escuelas o programas de educación regular, implementándose en ellas solo programas de reinserción educativa[34], algunos de ellos con problemas de implementación por calidad, según evaluación de los CISC. Por otra parte, pareciera haber una afectación con un componente de género, dado que se constata que solo un 31% de las mujeres en internación provisoria asisten de manera regular o esporádicamente a estos procesos educativos; en tanto que entre los hombres en igual situación penal, las cifras se elevan al 51%. Por su parte, para quienes están en regímenes semicerrados y que deben insertarse en establecimientos regulares de educación, la autoexclusión y la no aceptación de sus pares, así como la carencia de incentivos para la culminación de estudios, redundan en una baja participación escolar, particularmente en el sistema regular, donde las cifras alcanzan al 23,9% entre los hombres y al 20,3% en las mujeres. A estas cifras hay que sumar un porcentaje cercano al 10% que prepara exámenes libres.

En cuanto a programas destinados a la reinserción social de adolescentes, existe un conjunto de iniciativas llevadas a cabo por el Sename, entre estas, la atención a víctimas de explotación sexual comercial (ESCI), cuyo objeto es "asegurar procesos de reparación al niño, niña o adolescente y propiciar su reintegración familiar y social", lo que permite atender a 800 niños y niñas en 10 regiones del país[35]. También existen programas para atender a niños y niñas víctimas de maltrato, castigos corporales y abuso sexual con una cobertura de 4.266 niños y niñas[36]. Lo mismo en cuanto a quienes han sido abandonados, donde lo que el Sename busca es restituirles el derecho a vivir en familia, reparando las vulneraciones sufridas por la víctima y donde se busca "la incorporación de los niños y niñas a un programa de familia de Acogida, con la familia extensa, es decir, parientes consanguíneos o con otra familia sustituta sin vínculo"[37].

34 Sección Juvenil Masculina del CCP Iquique; Sección juvenil, Coquimbo; Sección juvenil Maule y sección juvenil, Biobío I. Adicionalmente las inspecciones realizadas por los CISC en el primer semestre 2011 denuncian retrasos en el inicio del año escolar en la sección juvenil de La Araucanía y en la sección Juvenil de cumplimiento penitenciario de Temuco.

35 Sename, op. cit., pág. 27.
36 Ibídem, pág. 28.
37 Ibídem, pág. 29.



DIVERSIDADES SEXUALES



DIVERSIDADES SEXUALES

ANTECEDENTES

En su Informe 2010, el INDH abordó la situación de las personas de orientación sexual e identidad de género diversas. Este año se inicia con avances por parte del Estado en el ámbito internacional, a propósito de la suscripción de Declaraciones sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género adoptadas en el sistema internacional y en el interamericano[1]. Sin embargo, la discriminación que sufren estas personas es algo que persiste en el país.

La vulneración a los derechos de las personas por su orientación sexual o identidad de género ha sido advertida por los órganos de los tratados internacionales[2] y el país ha merecido el reproche de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por estas razones. En su Informe 2010, el Instituto analizó el Informe de Fondo de la Comisión (139/093) sobre la discriminación sufrida por Karen Atala y a sus hijas, como resultado de un fallo de la Corte Suprema que negó la tuición a la madre por su condición de mujer lesbiana. La Comisión recomendó al Estado reparar integralmente a Atala y sus hijas, y adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas de ejercicio del poder público, incluida la administración de justicia. Ante el incumplimiento del Estado, la Comisión presentó el caso a la Corte Interamericana; en agosto de este año, el Estado chileno debió comparecer a la audiencia pública citada por dicha Corte regional.

El INDH espera que el Estado de Chile –a través de cada uno de sus poderes– adopte medidas sustantivas para que de iure y de facto se elimine la discriminación a las personas en razón de su orientación sexual o su identidad de género. De hecho, en su Informe 2010 recomendó al Estado dotarse de una legislación contra la discriminación que incluya la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas y reconocer que las personas gay, lesbianas, transgéneros y transexuales tienen derecho a formar una familia. Además, el Consejo del INDH resolvió, en febrero de este año, insistir "al Congreso y al Gobierno para que avancen en forma decidida hacia el reconocimiento de los derechos civiles de las diversidades sexuales, y con ello facilitar que estas accedan a los beneficios de las políticas sociales, promoviendo una legislación que reconozca las uniones de hecho y supere las situaciones de discriminación que las afecten"[4].

Constituye un avance el apoyo que Chile dio a la resolución sobre Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género adoptada por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011(L.9/Rev.1). En ella se solicitó a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos realizar un estudio mundial que documente leyes y prácticas discriminatorias y

1 Estas son: de Naciones Unidas (A/63/635) aprobada el 22 de diciembre de 2008; y, las Resoluciones de la OEA AG/RES. 2435 (XXXVIII-0/08) aprobada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) aprobada el 4 de junio de 2009 y AG/RES. 2600 (XL-O/10) aprobada el 8 de junio de 2010, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género.

2 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales: Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, abril 2007. Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal – Chile, A/HRC/12/10, junio de 2009, párrafos 27, 28 y 29.

3 Comisión IDH. Demanda ante la Corte Interamericana en el caso de Karen Atala e Hijas, caso 12.502 contra el Estado de Chile, 17 de septiembre de 2010.

4 Resolución del Consejo sobre convivencia de parejas del mismo sexo. Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Sesión 32, 28 de febrero de 2011.

actos de violencia contra las personas sobre la base de su orientación sexual e identidad de género. El apoyo a la resolución se convierte en una excelente oportunidad para que el Estado de Chile genere información y revise el quehacer público en la perspectiva del respeto, garantía y protección de sus derechos.

Durante el año en el país han tenido lugar algunos hechos relevantes, como la adopción de una política de atención a las personas trans por parte del Ministerio de Salud y la inclusión de una pregunta sobre convivencia de personas del mismo sexo en el próximo Censo de Población (2012). La autoridad en salud, en los lineamientos dados a la red asistencial, indicó que la atención "en sus distintas modalidades y especialidades debe considerar, en lo posible, el uso del nombre social con el cual la persona se identifica (independiente del nombre legal). En consecuencia, se espera que el nombre social sea usado en el trato y en la atención, así como también en los diversos registros destinados a la identificación social de la persona"[5]. La hospitalización se debe hacer en sector hombre o mujer, según el aspecto de la persona ingresada, y la información sobre su estado de salud puede ser entregada a personas cercanas no familiares, pareja u otra que determine el/la paciente. Paralelamente, el Ministerio produjo una guía clínica sobre la adecuación corporal de personas trans que incluye acceso a salud mental, tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas[6].

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) informó al país que el próximo censo incluye preguntas sobre las convivencias de hecho y si estas son entre personas de igual o distinto sexo. En la presentación del cuestionario al país, el director del INE Francisco Labbé señaló: "Hemos hecho un trabajo muy importante de escuchar a distintas agrupaciones, de diferente índole, para dar cabida a las múltiples realidades que existen a nivel nacional. Estamos seguros de que este cuestionario es un gran avance, y que redundará en políticas públicas bien diseñadas y de alta efectividad".

En agosto de este año el Gobierno envió al Parlamento el proyecto de ley Acuerdo de Vida en Pareja. La iniciativa regula las uniones de hecho de personas de iguales o distintos sexos[7], sobre el cual la Corte Suprema emitió informe favorable, y que se sumó a los otros dos en discusión en el Congreso[8]. Posteriormente, en noviembre, el Senado aprobó con modificaciones el proyecto de ley sobre discriminación y lo envió a la Cámara de Diputados, paso significativo en el trámite parlamentario.

En materia de justicia, tres parejas homosexuales presentaron en octubre de 2010 un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el registro civil. A una de ellas, esta oficina les negó celebrar el acto de matrimonio, y a las otras dos, no les permitió convalidar o inscribir el matrimonio contraído en el exterior (número de ingreso 6787-2010). La Corte resolvió requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil (Rol 1881-2010)[9]. El 3 de noviembre de este año, el Tribunal Constitucional emitió fallo de mayoría rechazando el requerimiento, con votos concurrentes de varios de los Ministros y el voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic[10]. La mayoría del Tribunal no acogió el requerimiento argumentando que "[…] la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca"[11]. Así, el Tribunal situó en el Congreso la responsabilidad de regular la institución del matrimonio, a la

5 Ministerio de Salud, Secretaría de Salud Pública. Circular 34: Instruye sobre la atención de personas trans y el fortalecimiento de la estrategia del hospital amigo a personas de la diversidad sexual en establecimientos de la red asistencial. Santiago, 13 de septiembre de 2011.

6 Ministerio de Salud, Subsecretaría de redes asistenciales. Vía clínica para la adecuación corporal en personas con incongruencias entre sexo físico e identidad de género. ORD B/22 del 9 de septiembre de 2011.

7 Boletín N° 7011-07.

8 Esta iniciativa de ley motivó que algunos parlamentarios propusieran mociones que buscan hacer prevalecer el matrimonio como figura exclusiva para las parejas heterosexuales (Boletín 7458-07 de enero de 2011, presentado por el senador Francisco Chahuán; Boletín 7869-07 de agosto 2011 presentado por los diputados de la UDI junto al DC Jorge Sabag). Por su parte, las organizaciones de la diversidad sexual han anunciado que denunciarán al Estado ante los organismos internacionales si "el Congreso Nacional no avanza en breve en la aprobación del matrimonio igualitario". (Declaración del Movilh del 24 de septiembre de 2001, disponible en www.movilh.cl).

9 Art. 102 del Código Civil: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

10 ROL 1849-10-CD. Los votos concurrentes fueron de: 1) Raúl Bertelsen; 2) Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica; 3) Marisol Peña; y, 4) Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García.

11 Ibídem, considerando sexto.

luz de las nuevas realidades sociales considerando que es allí donde corresponde plasmar las decisiones que resulten del debate democrático sobre el particular.

El hecho es que en los tres poderes del Estado se están abordando materias relativas al reconocimiento de derechos de las personas con orientación sexual o identidad de género diversa, lo que es indicador de la visibilidad pública que han tenido las demandas de la diversidad sexual y del debate instalado en la ciudadanía, hecho saludable para la democracia y la superación de la discriminación.

No obstante, siguen siendo preocupantes los hechos de violencia de que son objeto las personas de la diversidad sexual, particularmente contra los/las trans. Este año el asesinato de Cinthia González Rodríguez, mujer transexual, en Calama en julio, la brutal agresión a Sandi Iturra en Valparaíso, en junio, y el incendio intencional de cuatro mediaguas en las que vivían transexuales miembros de la agrupación Transgéneras por el Cambio en Talca, ocurrido en septiembre, marcan la pauta. El derecho a no ser objeto de discriminación es un derecho humano fundamental y corresponde al Estado garantizar y proteger la integridad física y mental de cada persona. En este marco, la Directora del INDH señaló en relación a la agresión que recibió Sandi Iturra que "dejar impune estos hechos implicaría dar un mensaje erróneo por parte de las autoridades, en cuanto a permitir la violencia hacia los trans por el sólo hecho de serlo"[12]. En ese mismo sentido, las organizaciones de la diversidad sexual han reiterado que "la vulnerabilidad social de las personas transexuales incrementa las posibilidades de que sean atacadas, ya que existe la sensación de que este tipo de ataques quedan impune"[13].

En el marco de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en Chile respecto de los derechos de las personas con orientación sexual e identidades sexuales diversas, este año el INDH pone su mirada en dos ámbitos particulares: los avances y materias pendientes en la discusión de la ley antidiscriminación por una parte y el reconocimiento de las uniones de hecho de las personas de igual sexo.

1. LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

El proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación (Boletín 3815-07) ha estado en discusión en el Congreso Nacional desde el año 2005. En junio de 2008, el proyecto llegó a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, y recientemente el Senado aprobó el texto con modificaciones y lo remitió a la Cámara de Diputados. Durante el debate legislativo, el INDH fue invitado a presentar los estándares internacionales en relación con el principio de igualdad y no discriminación, y luego, a participar en calidad de observador al Comité Técnico –propuesto por la Secretaría General de la Presidencia– que recibió el encargo de dicha Comisión de buscar soluciones a los puntos que planteaban una mayor dificultad.

Constituyen avances del proyecto recientemente aprobado por el Senado la redacción abierta de los criterios sospechosos en la definición de discriminación, la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género entre estos criterios, la reincorporación en el texto de un mecanismo específico de tutela frente a actos de discriminación, y la eliminación de la presunción referida a que las distinciones que realizan las iglesias no son arbitrarias.

El proyecto remitido a la Cámara de Diputados establece un listado taxativo de criterios sospechosos respecto de los cuales se prohíbe la discriminación, pero agregando la expresión "tales como" a los allí enumerados, proponiendo una lectura abierta y no taxativa del texto similar a las cláusulas que comprenden los tratados de derechos humanos.

En relación a la creación de una acción especial de no discriminación, el INDH señaló que el Estado está obligado a proporcionar a las personas un recurso judicial eficaz en la protección de los derechos fundamentales y en el restablecimiento de su ejercicio. En esta materia, el texto aprobado por el Senado propone una acción especial ante el juez de letras, es decir, un tribunal más cercano para la persona afectada, cuestión que no sucede con las Cortes de Apelaciones. Sin embargo, la Corte Suprema de

12 Columna de opinión de Lorena Fries, directora del INDH: Tolerar la discriminación produce violencia, publicada en El Dinamo, 22 de junio de 2011; y declaración, "INDH condena violencia transfóbica ocurrida en Talca", 23 de septiembre. Disponible en: http://www.indh.cl/indh-condena-violencia-transfobica-ocurrida-en-talca

13 Declaración de Rolando Jiménez, director del Movilh, a propósito del asesinato de Cinthia González. Disponible en: http://www.movilh.cl

Justicia en un pronunciamiento reciente se ha mostrado contraria al establecimiento de este recurso específico, ya que en su opinión "el derecho a la no discriminación se encuentra suficientemente abordado, regulado y cautelado en el ordenamiento jurídico vigente"[14]. El INDH en su Informe 2010 señaló su preocupación por la inefectividad que el recurso de protección ha mostrado frente a las vulneraciones de derechos por razones de discriminación, situación que es nuevamente desarrollada en el presente Informe[15]. Es necesario agregar que las otras acciones de protección que contempla la legislación se refieren a materias específicas –y no necesariamente relacionadas con el principio de igualdad. Estas fueron adoptadas con posterioridad a la instauración del recurso de protección, precisamente porque se ha requerido de acciones específicas para materias particulares.

Por otra parte, el proyecto en debate en la Comisión establecía que "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.638, las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que las entidades religiosas realicen de acuerdo a las actividades mencionadas en los artículos 6° y 7° de la misma ley, no se considerarán arbitrarias". Esta dificultad se supera en el proyecto aprobado por el Senado al indicar que: "Se considerarán siempre razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República" (art. 2).

Sin perjuicio de lo anterior, preocupa la exclusión del género de las categorías sospechosas y el silencio del texto frente a la posibilidad de medidas afirmativas para superar la desigualdad de facto que afecta históricamente a colectivos específicos, entre estos, de la diversidad sexual. Estas medidas son eficaces para avanzar en la igualdad sustantiva frente a situaciones de discriminaciones históricas que se expresan en brechas importantes en el ejercicio de los derechos humanos, y frente a la cuales la igualdad formal que establece la ley es insuficiente. En virtud de la necesidad de avanzar en este campo, el INDH realizó un seminario sobre igualdad y medidas de acción afirmativa en julio de este año, cuyas ponencias y resultados contribuyen a iniciar un debate en estas materias[16].

El INDH valora los avances del texto aprobado por el Senado y, al mismo tiempo, espera que en el debate de este proyecto que se ha trasladado a la Cámara de Diputados se recojan los puntos de preocupación aquí señalados de manera de brindar protección a los grupos y sectores vulnerados en sus derechos.

2. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS CIVILES DE LAS PAREJAS DE UN MISMO SEXO: EL PROYECTO DE ACUERDO DE VIDA EN PAREJA

El concepto de familia es una noción en disputa en Chile y el resto del mundo, no obstante el dato insoslayable que el paradigma de la familia fundada en el contrato matrimonial –o familia biparental nuclear– ha cedido frente a la existencia de otros vínculos afectivos y sexuales entre las personas. La realidad muestra que la diversidad de uniones familiares caracteriza las relaciones en el mundo contemporáneo.

El propio fallo del Tribunal Constitucional antes referido da cuenta de ello; aun cuando no hubo pronunciamiento sobre el fondo del requerimiento presentado por la Corte de Apelaciones –esto es, si la aplicación del artículo 102 del Código Civil infringe o no la garantía de igualdad ante la ley al caso concreto– deja ver la tensión en torno al valor del contrato matrimonial como fuente única de reconocimiento de la familia. Ello se expresa con mayor claridad en los votos concurrentes: "Al indicarse que el matrimonio es la base principal de la familia, se reconoce

14 Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Oficio 126-2011, Informe Proyecto de Ley 31-2011. En el texto del oficio, la Corte señala que ese abordaje, regulación y cautela se da "a través de las acciones constitucionales y legales pertinentes, como son el recurso de protección, de amparo, de amparo económico, el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales y la acción especial contemplada en el artículo 57 de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, por lo que no se aprecia la necesidad de establecer otras acciones adicionales y especiales para su resguardo".

15 Ver capítulo "Recursos de amparo y protección: mecanismos de tutela de los derechos fundamentales" en este informe.

16 Disponibles en www.indh.cl

–a contrario sensu– que no es la única, como queda claro de la historia del establecimiento de esa disposición"[17].

La secularización de las instituciones estatales y el mayor respeto a la autonomía y libertad de las personas, han contribuido a superar la rigidez de los marcos institucionales impuestos fundamentalmente por orientaciones de carácter religioso que vincularon la institución del matrimonio y familia como un binomio indisoluble. Aun antes de la consagración del derecho a la disolución voluntaria del vínculo matrimonial, en el proceso de igualación de derechos de hijos e hijas, se avanzó en superar la odiosa diferencia que establecía la categoría de hijos/as legítimos, naturales e ilegítimos, reconociéndose y consagrándose iguales derechos a todos y todas, y por esta vía, estableciendo, a lo menos en materia de derechos de filiación, una igualación de iure entre la convivencia y el matrimonio.

En efecto, los datos censales en Chile muestran que la realidad en relación al tipo de familia ha experimentado significativas transformaciones. Alrededor de un millón setecientas mil personas viven su proyecto de vida en común en calidad de convivientes o pareja (Casen 2009). Los datos reflejan una reducción de 67,3% en 1990 a 58,6% en 2009 de las familias biparentales, definidas como los *núcleos en los que se encuentra el jefe y su pareja, independiente de su situación legal.* Como contrapartida, aumentan de 22,2% a 27,6% en el mismo período las familias monoparentales (núcleos en los que el/la jefe/a de hogar no presenta pareja). En la actualidad la mayoría de los hijos nacen y viven en el marco de uniones no matrimoniales. Para el año 2000, 130.420 niños y niñas nacían fuera del matrimonio frente a 139.149 de filiación matrimonial; una década después la proporción es diametralmente inversa: 163.214 hijos son de filiación no matrimonial y 77.623 hijos nacidos en el contexto del matrimonio[18]. Otro dato relevante es el incremento de la jefatura femenina no sólo en relación a las familias monoparentales, sino en las unidades biparentales, que de representar el 3,9% en 1990 aumenta a 18,9% en el año 2009.

Respecto de la convivencia de personas del mismo sexo, no existe estadística oficial disponible, no obstante a nivel público se visibiliza cada vez más la demanda por el reconocimiento de derechos civiles en igualdad de condiciones y sin discriminación para este segmento de la población. Por tanto, dentro de la realidad de las uniones de hecho se deben considerar aquellas relaciones afectivas constituidas por personas del mismo sexo.

Los órganos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, haciéndose cargo de los profundos cambios evidenciados en torno a la realidad de las familias en el mundo y a partir del principio interpretativo pro persona, han reconocido que no existe un tipo único de familia. El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que "[…] el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. […] en vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen esos tipos de familia y a sus miembros"[19]. Para este Comité, la acepción familia considera las formas no matrimoniales, las que merecen la protección prevista en el art. 23 del Pacto de derechos civiles y políticos, incluido el de adoptar medidas de orden legislativo, administrativo o de otro tipo.

La tendencia creciente en el derecho internacional de los derechos humanos ha asentado que las parejas del mismo sexo merecen igual reconocimiento que las parejas heterosexuales en el ejercicio de derechos, independiente de si estas se producen o no por vía del matrimonio, situación que ha quedado entregada al margen de apreciación de cada Estado. En esta materia, no existen motivos jurídicos que justifiquen razonablemente el establecimiento de distinciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género. El derecho a fundar una familia está sujeto a la condición humana, con independencia de cualquier categoría de exclusión. De ahí que se sostenga en los Principios de Yogyakarta, que todas las personas tienen el derecho a consti-

17 ROL 1849-10-CD, op. cit. Voto particular concurrente de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, numeral 7.

18 Datos obtenidos del Servicio de Registro Civil e Identificación. Consolidado Estadísticas. Información ingresada al 30 de noviembre de 2010. En: http://www.registrocivil.cl

19 Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 19, U.N. DOC. HRI/GEN/1/Rev. 7, 1990, párrafo 2.

tuir una familia, "[…] con independencia de su orientación sexual o identidad de género"[20].

En una de las más recientes sentencias, la Corte Europea de Derechos Humanos, reiterando fallos anteriores, ha recordado que "[…] la noción de familia no está restringida al matrimonio, sino que cubre también otras familias de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un hijo nacido fuera de esa relación es de pleno derecho parte de esa unidad familiar desde el momento de su nacimiento", agregando que, "[…] una pareja homosexual estable que cohabita, está dentro de la noción de vida familiar, al igual que una relación de una pareja de diverso sexo"[21]. La misma sentencia deja dentro del margen de apreciación de todo Estado democrático, la decisión respecto de si la igualdad de derechos se alcanza a través del matrimonio o de otra institución, no pudiendo esta última, en todo caso, ser fuente de discriminación.

En el país, la necesidad de legislar sobre las uniones de hecho de personas tanto de distinto como del mismo sexo se expresa en los distintos proyectos de ley que han sido presentados al Congreso en los últimos dos años[22]. Estas propuestas consideran la diversidad de la convivencia en toda su amplitud sin distinguir entre uniones constituidas por personas del mismo sexo o uniones heterosexuales. En agosto de este año, el Ejecutivo envió al Parlamento el proyecto de ley Acuerdo de vida en pareja (AVP) dirigido a regular las convivencias de hecho entre personas, tanto de distinto como del mismo sexo (Boletín 7873-07). El Mensaje que acompaña el proyecto señala que la decisión de regular las uniones se sustenta en "la convicción de que el Estado no está cumpliendo adecuadamente con su finalidad ni sus deberes primordiales si no ofrece un marco jurídico que, al menos, reconozca, respete y otorgue certeza jurídica a los derechos de esos aproximadamente dos millones de compatriotas, que viven en pareja sin estar casados, regulando los efectos patrimoniales, sociales y sucesorios de su convivencia". Al mismo tiempo, el gobierno aclara que "El presente proyecto no altera de modo alguno la definición legal de matrimonio contenida en el artículo 102 de nuestro Código Civil […] Al proceder de esta manera lo hacemos honrando una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido de que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una mujer"[23].

La presentación del proyecto de ley marca un avance en materia de igualdad de derechos entre las personas; establece un piso mínimo, a partir del cual se abre un necesario debate al que están llamadas a participar todas las personas que han visto afectados sus derechos en razón de una vida en común que la legislación hoy no reconoce, y para la cual la única alternativa es el matrimonio.

En lo sustantivo, el AVP propone un contrato que pueden celebrar dos personas, del mismo o distinto sexo, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común. El acuerdo se puede celebrar por escritura pública ante notario u Oficial del Registro Civil, a partir del cual se conforma una comunidad de bienes y las parejas acceden a beneficios patrimoniales, previsionales y de salud. Al AVP se asimilan también otras disposiciones que la ley regula respecto de personas que hacen vida común –en tanto cónyuges o convivientes– en el ámbito civil, laboral, penal y administrativo. El término del acuerdo se puede producir por muerte de alguno/a de los/as integrantes de la pareja, mutuo acuerdo, voluntad unilateral, declaración de nulidad, o matrimonio entre sí o con una tercera persona.

No es contrario a derecho que la legislación ofrezca a las personas distintos estatutos para regular su vida en pareja, y que en libertad estas decidan cuál de estos se acomoda mejor a los compromisos, derechos y deberes que quieren establecer entre sí. Lo importante es que las distintas modalidades no establezcan diferencias arbitrarias que menoscaben el ejercicio de derechos fundamentales de las personas. Desde esta perspectiva el AVP, en la medida que se constituye y se disuelve en acto público que debe ser conocido por el Registro Civil, configura una posibilidad de acuerdo de convivencia entre las personas, independientemente de

20 Principios de Yogyakarta, Principio N° 24.

21 Caso Schalk&Kopf vs. Austria. Sentencia de 24 de junio de 2010, párrafo 94. Traducción no oficial.

22 Boletín N° 6735-07 de diciembre de 2009, Pacto de Unión Civil; Boletín N° 6.955-07 de julio de 2010, relativo a la no discriminación y a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo; y, Boletín N° 7011-07 de agosto de 2010, Acuerdo de Vida en Común.

23 Mensaje Nº 156-359, 8 agosto de 2011.

su sexo, opciones sexuales e identidades de género.

Sin embargo, preocupa que el acuerdo de vida en pareja no modifique el estado civil de las personas que lo suscriben, es decir, que se las siga considerándo solteros o solteras. En este sentido, cabe destacar la opinión presentada por el profesor Mauricio Tapia ante la Comisión de Constitución, que señala que: "El Registro Civil es el único organismo competente y capacitado para llevar el registro del estado permanente de las personas. En este sentido la primera crítica en materia de constitución es que el proyecto dice que el acuerdo de vida en pareja 'no es estado civil'. Sin embargo, es un estado permanente y prueba de ello es que el mismo proyecto se contradice al decir que no se puede suscribir un acuerdo de vida en común cuando se está casado. Ello tiene una serie de implicancias prácticas en materia civil pero también tiene una consecuencia simbólica. No puede ser posible que se reconozca un acuerdo de vida en pareja, que constituye un estado permanente de las personas y sin embargo en el Registro Civil se consideran personas solteras. Es completamente inconsistente".

La ausencia del reconocimiento del estado civil es discriminatoria si lo que se busca es el reconocimiento de las parejas que conviven, sean del mismo sexo o no. En efecto, toda diferencia de trato entre personas o grupos sólo es admisible si obedece a un principio de razonabilidad y objetividad. Caso contrario, las distinciones, exclusiones o restricciones que se basen en determinados motivos, incluidos cualquier condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas, está prohibido por el derecho y es contrario al estándar internacional.

La legislación en Chile no reconoce las uniones de hecho y ello importa un grave menoscabo en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas que optan por esta forma de constituir familia, con importantes consecuencias en los ámbitos civiles, económicos, sociales y culturales. El proyecto AVP presentado por el Ejecutivo constituye un avance interesante en orden a subsanar esta omisión que afecta derechos fundamentales.

Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los **Derechos Humanos** en el período 1973-1990

1. Derecho a la Verdad
2. Acceso a la Justicia
3. Algunas Medidas de Reparación Individual

1 INTRODUCCIÓN

Desde el inicio de la transición a la democracia, Chile ha hecho esfuerzos sostenidos en el tiempo por enfrentar el legado de los crímenes del pasado a través de la búsqueda de la verdad, la justicia y las reparaciones. Estos esfuerzos han estado, a la vez, acompañados de tensiones propias del tipo de transición a la democracia que atravesó el país, la que transcurrió en un contexto de polarización entre el apoyo y el rechazo al régimen dictatorial del General Pinochet, reflejando que "el tratar con un legado de represión del pasado es un asunto de exigencia moral, pero también de viabilidad política"[1]. Algunas de esas tensiones perduran hasta nuestros días, y acompañan el proceso de elaboración de una memoria que cada vez más se instala en nuestro país. Este año, diversos programas televisivos como "Doce días que conmovieron a Chile" o los "Archivos del Cardenal" han contribuido a que dicha memoria sea accesible a una gran mayoría. El debate que en torno a dichos programas se generó da cuenta de la vigencia de la discusión respecto a cómo enfrentar el pasado, más allá que los esfuerzos en materia de verdad hayan logrado instalar una verdad oficial incuestionable, y su estrecha relación con la profundización democrática a futuro.

La experiencia del holocausto en la Segunda Guerra Mundial y los episodios de masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos que desde entonces se han cometido en el mundo fueron consolidando la idea de los crímenes de lesa humanidad, es decir, aquellos que por su gravedad, sistematicidad y masividad remueven la conciencia de la humanidad hasta su codificación universal en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Junto con ello y frente a la falta de voluntad de los Estados para juzgar a sus agentes en tanto perpetradores de dichos crímenes se desarrollaron principios que buscaron orientar a los Estados en sus obligaciones de acceso a la verdad sobre lo ocurrido, a una justicia adecuada y efectiva, a la reparación integral de las víctimas y a garantizar que estos hechos no se repitieran en las sociedades que se habían visto afectadas. En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha planteado la importancia que entraña afrontar las secuelas de las violaciones sistemáticas mediante "un enfoque global que abarque toda la gama de medidas judiciales y no judiciales, en particular los procesamientos individuales, las reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional (…)"[2], entre otras.

A continuación se analizan algunas de las principales iniciativas y políticas en el campo de la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación[3] desarrolladas por el Estado de Chile a partir del año 1990, en respuesta a las violaciones a los derechos humanos cometidas entre septiembre de 1973 y marzo de 1990.

Los avances del Estado de Chile en materia de reconocimiento de la verdad de lo ocurrido en dicho período, los fallos emitidos por la Corte Suprema entre enero y septiembre de este año, la situación actual del cumplimiento de la sentencia del caso Almonacid, y la labor del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, entre otros,

1 Zalaquett, José, "La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos", disponible en www.cdh.uchile.cl

2 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/18/L.22, 26 de septiembre de 2011.

3 Las políticas impulsadas por el Estado en esta materia son más amplias que las que aquí se detallan. Otras medidas de reparación y resarcimiento que no están consideradas en el presente apartado son, por ejemplo, la devolución de bienes a organizaciones sociales y partidos políticos, y las políticas dirigidas a exonerados de la tierra, entre otras.

se analizan en este capítulo en cuanto constituyen hechos que se produjeron durante el año. Así mismo, la entrega del Informe de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, la que en el mes de agosto proporcionó los resultados del estudio de los más de 30 mil testimonios recibidos; las inconsistencias detectadas en el proceso de calificación de exonerados por razones políticas, que ha motivado el inicio de investigaciones judiciales y fiscalizaciones de parte del Poder Legislativo, y el anuncio realizado en el discurso del 21 de mayo del Presidente de la República sobre la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos, constituyen hitos relevantes en materia de reparación y de garantía de no repetición.

DERECHO A LA VERDAD, ACCESO A LA JUSTICIA Y ALGUNAS MEDIDAS DE REPARACIÓN INDIVIDUAL



1 DERECHO A LA VERDAD

La Organización de las Naciones Unidas ha conmemorado este año el primer "Día internacional para el Derecho a la Verdad en relación con las Violaciones Graves de los Derechos Humanos y para la Dignidad de las Víctimas"[4], en homenaje a Monseñor Óscar Arnulfo Romero, arzobispo de San Salvador, asesinado por agentes del Estado un 24 de marzo de 1980 en medio de una misa. Con ocasión de esta conmemoración, el Secretario General señaló que "las víctimas de las violaciones graves de los derechos humanos y sus familiares tienen derecho a saber la verdad sobre las circunstancias en que se cometieron esas violaciones, los motivos por los que se perpetraron y la identidad de sus autores" [5].

El derecho a conocer la verdad ha quedado consagrado normativamente en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2010). Jurisprudencialmente ha sido desarrollado por la Corte IDH desde 1988 al señalar que dentro de las obligaciones del Estado de respeto y garantía está "[e]l deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"[6].

Las sociedades postdictatoriales han buscado formas de construir un relato común respecto a las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos de que fueron objeto sus integrantes a través del establecimiento de lo que se ha denominado comisiones de verdad. Los resultados de las comisiones contribuyen al establecimiento de una verdad oficial incuestionable, sobre la cual pueden discutirse las diversas interpretaciones históricas respecto a por qué ocurrió lo que ocurrió, pero no es posible cuestionar la veracidad de lo que allí se relata. Al mismo tiempo, expresan una forma de reconocimiento de la responsabilidad estatal en lo ocurrido y, en este sentido, tienen un efecto reparador sobre las víctimas y sus familiares, al develar y esclarecer los hechos y reivindicar su dignidad. Así mismo, contribuyen a identificar y a decidir cuáles son las medidas que requieren las víctimas. El proceso de registro de una historia escondida, silenciada o teñida de sospecha, así como su develación pública, permite construir un consenso ético básico de repudio a dichas violaciones. De este modo, las comisiones de verdad han cumplido en diferentes países del mundo, y en Chile, un rol central en la construcción de una verdad oficial incuestionable, acompañando y abriendo paso, lentamente, a procesos de justicia y reparación.

En Chile el reconocimiento oficial de los hechos y crímenes cometidos durante la dictadura ha sido gradual y constante en el tiempo: la Comisión Rettig, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la Mesa de Diálogo, la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura, y la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, constituyen los ejes de dicho proceso.

4 Resolución de la 71ª sesión plenaria del 21 de diciembre de 2010.
5 http://www.un.org/es/events/righttotruthday/sgmessage_2011.shtml, 24 de marzo de 2011.
6 Corte IDH, Sentencia Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras 29 de julio de 1988 (fondo), párrafo 181.

INSTANCIAS DE BÚSQUEDA DE LA VERDAD

A poco más de un mes de asumir el primer gobierno democrático se creó la Comisión de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig, 1990)[7] fundada en la convicción de que "[l]a conciencia moral de la Nación requiere el esclarecimiento de la verdad sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en el país (…)" [8] y que sólo el conocimiento de ella "rehabilitará en el concepto público la dignidad de las víctimas, facilitará a sus familiares y deudos la posibilidad de honrarlas como corresponde y permitirá reparar en alguna medida el daño causado"[9], ello sin perjuicio de la acción de los tribunales de justicia en la determinación de las responsabilidades criminales.

Esta Comisión se abocó al esclarecimiento de la verdad en relación a víctimas detenidas desaparecidas, ejecutadas políticas y víctimas de la violencia política, concluyendo su trabajo en el mes de marzo de 1991. El Informe de la Comisión reconoció a 2.296[10] víctimas de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, incluidas víctimas de violencia política. El 4 de marzo de ese año, el Presidente Patricio Aylwin dio a conocer los resultados del trabajo de la Comisión y pidió perdón a las víctimas a nombre del Estado. Una vez finalizado el trabajo de la Comisión y hechas las recomendaciones sobre las medidas de reparación a adoptarse, se crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (1992-1996), [11] la que asumió la responsabilidad de coordinar, implementar y promover las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Rettig, y concluir el proceso de calificación de víctimas, constituyendo uno de sus mandatos principales el de reparar el daño moral de las víctimas y otorgar asistencia social y legal a sus familiares. Esta nueva instancia reconoció 899[12] nuevas víctimas detenidas desaparecidas y ejecutadas políticas.

Un nuevo momento en el reconocimiento de los hechos acaecidos durante la dictadura fue, en el contexto de la detención del General Pinochet en Londres –octubre de 1998 a marzo de 2000– el establecimiento de la Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos[13] por parte del gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Esta tuvo como objetivo abordar "la verdad sobre la suerte y paradero de los detenidos desaparecidos y el reconocimiento de responsabilidades morales, históricas y políticas por el quebrantamiento de nuestra convivencia y por las violaciones a los derechos humanos"[14]. Una de sus conclusiones, destinadas a favorecer la entrega de información que permitiera conocer el paradero de personas desaparecidas, fue acogida por la Ley N° 19.687[15] que estableció la obligación de secreto –por seis meses desde la publicación de la ley– para quienes recibieran información conducente a la ubicación de los cuerpos. En enero de 2001, las Fuerzas Armadas y de Orden entregaron un listado señalando el que habría sido el destino final de 200 víctimas, entre ellas 180 identificadas y 20 no identificadas. No obstante los esfuerzos por arribar a información que permitiera la ubicación de las personas detenidas desaparecidas, los resultados de la Mesa de Diálogo fueron exiguos, y parte de la información proporcionada por las Fuerzas Armadas y de Orden resultó falsa[16]. Dentro de las recomendaciones contenidas en el Informe de esta Mesa, estaba la de nombrar Ministros en Visita, lo que fue acogido por el Poder Judicial y representó un impulso para las llamadas "causas de derechos humanos".

El año 2003 y en el marco de los 30 años transcurridos desde el quiebre de la democracia, los partidos políticos, las organizaciones de derechos humanos y algunas instituciones de Iglesia plantearon la necesidad de avanzar en el abordaje de las violaciones de los derechos humanos en dictadura, ante lo cual el Presidente Ricardo Lagos Escobar formuló una nueva propuesta en derechos humanos, contenida en el documento "No hay mañana sin ayer", en el que se plantea avanzar en el reconocimiento de las víctimas de tortura y

7 Creada por Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990.
8 Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990. Considerando primero.
9 Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990. Considerando tercero.
10 En http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html consultada el 23 de noviembre de 2011.
11 Ley Nº 19.123 publicada el 8 de febrero de 1992.
12 En http://www.ddhh.gov.cl/informes_cnrr.html consultada el 23 de noviembre de 2011.
13 Entre el 21 de agosto de 1999 y el 13 de junio de 2000
14 Zalaquett, José. La Mesa de Diálogo sobre Derechos Humanos y el proceso de transición política en Chile. Estudios Públicos, Nº 79 Centro de Estudios Públicos (CEP) año 2000, pág. 4.
15 Publicada el 6 de julio de 2000.
16 Es el caso de la víctima Juan Luis Rivera Matus, que de acuerdo al listado proporcionado por las Fuerzas Armadas, sus restos habían sido lanzados al mar, en circunstancias que las investigaciones judiciales en torno a su desaparición lograron dar con su identificación en los terrenos de Fuerte Arteaga.

prisión política. Ese año se creó la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura[17] para el esclarecimiento de la verdad en relación a este tipo de violaciones a los derechos humanos. En comparecencia pública, el Presidente de la República Ricardo Lagos, bajo el lema "para nunca más vivirlo, nunca más negarlo", dio a conocer públicamente el Informe el 28 de noviembre de 2004. El número total de víctimas al concluir el trabajo la Comisión fue de 28.459[18] víctimas de apremios y torturas.

Estos datos han sido complementados a partir del trabajo realizado por la Comisión Asesora Presidencial para la calificación de detenidos desaparecidos, ejecutados políticos y víctimas de prisión política y tortura[19] que inició sus funciones el 17 de febrero de 2010 bajo el mandato y criterios que habían regido para la calificación de víctimas tanto en la Comisión Rettig como en la Comisión Valech. Recibió 622 denuncias de hechos constitutivos de desaparición forzada, ejecución extrajudicial y casos de violencia política y 31.831 solicitudes de calificación de personas que declararon haber sido víctimas de prisión política y tortura. La Comisión que trabajó durante en período de 18 meses[20], acreditó 9.795 nuevos casos de prisión política y tortura y 30 nuevos casos de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos elevándose en definitiva la cifra oficial de víctimas reconocidas de prisión política y tortura en 38.254 personas.

Finalmente, el Presidente de la República recibió el día 18 de agosto el Informe con la nómina de las personas acreditadas por la Comisión. No realizó un acto público para informar los resultados al país, y tampoco envió, como durante las Comisiones anteriores, una carta personal a las personas acreditadas y no acreditadas de manera de no solo dar un trato digno a las víctimas, sino que de informar y posibilitar el acceso a los beneficios reparatorios en los casos que corresponden.

El resultado del trabajo realizado por la Comisión fue objeto de críticas por parte de algunas organizaciones de ex presos políticos, que reclamaron el alto número de casos que no fueron acreditados, así como la calificación de personas procesadas o condenadas por delitos graves, algunos de ellos relacionados con violaciones a los derechos humanos, y otras personas acusadas de participar en delitos contra la vida. A su vez, las organizaciones de presos políticos cuestionaron la inexistencia en la ley de un recurso de reconsideración para las personas que no quedaron calificadas o frente a la aparición de nuevos testimonios que den cuenta de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

17 Ministerio del Interior. Decreto Supremo N° 1.040. de 26 de septiembre de 2003.

18 Esta cifra se compone de la Nómina de Personas reconocidas como víctimas, la nómina de víctimas etapa reconsideración y la nómina de víctimas menores de 18 años etapa reconsideración. Ver http://www.comisionvalech.gov.cl/InformeValech.html

19 La Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, se crea 10 de diciembre de 2009. Artículo 3° transitorio Ley N° 20.405.

20 El 17 de febrero de 2010 se constituye oficialmente, concluyendo sus funciones el 17 de agosto de 2011.

ACCESO A LA JUSTICIA

Representa un consenso universalmente aceptado que llevar a la justicia a los responsables de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos se erige en una condición fundamental para prevenir la repetición de estos hechos[21]. Tal como ha sostenido el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, "no es posible consolidar la paz en el período inmediatamente posterior al conflicto ni mantenerla a largo plazo a menos que la población confíe en que se podrá obtener la reparación de las injusticias sufridas a través de estructuras legítimas encargadas del arreglo pacífico de las controversias y la correcta administración de justicia"[22].

En Chile, los órganos responsables de concretar la garantía de acceso a la justicia en relación a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos se han visto enfrentados a tensiones que derivan de la expectativa que existe por parte de las víctimas y familiares sobre los procesos judiciales, por un lado y por las restricciones en la aplicación de justicia por el otro. En efecto, "cuando los dictadores u otros perpetradores ayudan a diseñar el final de su propio gobierno, suelen poner límites a la exigencia de responsabilidades por sus crímenes"[23]. A ello se suma que el Poder Judicial convalidó con el silencio y la negación de justicia una situación de impunidad que hizo posible la acción criminal del Estado durante la dictadura.

La responsabilidad penal individual en materia de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos contiene un significado jurídico (y ético) que la distingue esencialmente de la responsabilidad por la comisión de un delito común. En el primer caso, tanto la conducta reprochada como el bien jurídico tutelado (vida, libertad individual, o integridad psíquica o física) trasciende a la víctima, en la medida que el crimen afecta a la humanidad toda. Así, la persecución en materia de crímenes de Estado presenta diferencias con la persecución penal de un delito común. En efecto, los autores, cómplices y encubridores de crímenes de lesa humanidad cometen dichos actos como parte de una política de Estado, y respecto de ellos se requiere dar señales efectivas de que el Estado no los protegerá con medidas como la prescripción y la amnistía.

El carácter imprescriptible e inamnistiable de los crímenes ha sido ampliamente desarrollada, normativa y jurisprudencialmente, por el derecho internacional. Que estos crímenes sean imprescriptibles significa que, a diferencia de lo que sucede con los delitos comunes, el transcurso del tiempo bajo ninguna circunstancia puede desempeñar un papel ni para exonerar ni para mitigar las responsabilidades penales que a una persona le cabe en la comisión de los hechos. De esta manera, respecto de los crímenes de guerra, el genocidio, los crímenes de agresión y los delitos de lesa humanidad el transcurso del tiempo no genera efecto jurídico alguno[24]. Que estos crímenes sean inamnistiables significa que el Estado, frente a las atrocidades perpetradas, no puede invocar el olvido o perdón jurídico. Le está vedada la autoexculpación de su responsabilidad, por lo cual debe en todo tiempo y lugar, investigar y eventualmente sancionar a los responsables de estos abyectos crímenes.

21 El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2004/6/616, 3 de agosto de 2004, párrafo 38.

22 Ibídem, párrafo 2.

23 Hayner, Priscilla, "Ensayo sobre la justicia transicional". Editado por Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2003, pág. 119.

24 Nogueira Alcalá, Humberto. Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción. Septiembre de 2008.

La gravedad de los hechos exige el respeto al principio de proporcionalidad de la sanción, estándar recogido en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, entre otros, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El artículo 4° N° 2, de este instrumento, determina imperativamente la obligación del Estado de "castigar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad". Por su parte, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, plantean un estándar similar.

Si bien el principio de proporcionalidad en el derecho penal común demanda la mínima intervención punitiva, la obligación de investigar y garantizar el acceso a la justicia, en materia de violaciones masivas a los derechos humanos conlleva como condición jurídica la de establecer sanciones proporcionales y adecuadas a la gravedad de los hechos, en la perspectiva no sólo de satisfacer el legítimo anhelo de justicia de las víctimas y sus familiares, sino como garantía de no repetición, en la medida que genera un mensaje claro y efectivo que en el futuro dichas violaciones no serán condonadas ni toleradas. De esta manera, la sanción adecuada y proporcional, en relación a crímenes internacionales, requiere que esta sea efectiva y no simbólica. Así lo ha señalado la Corte IDH al establecer que; "la imposición de penas ínfimas o ilusorias, o que pueden significar una mera apariencia de justicia"[25] son incompatibles con las obligaciones impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que "[e]n cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos"[26]. De esta manera "[e]l sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, pero también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas. Esta necesidad aparece como natural contrapartida del principio de mínima intervención penal. Aquélla y éste constituyen, precisamente, dos formas de traducir en el orden penal los requerimientos de la democracia y sostener la vigencia efectiva de este sistema"[27].

Lo que se dice no significa que no se puedan aplicar atenuantes respecto de condenados por estos crímenes, cuestión que el derecho penal internacional y, particularmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba[28] del Estatuto de Roma autorizan de manera explícita, al señalar que la Corte Penal Internacional "ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen"[29]. En todo caso, para la aplicación de atenuantes se tomará en consideración "la conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte"[30]. Más aún, resulta aceptable que el condenado pueda acceder en la etapa de ejecución de la pena a la reducción de la misma. Sin embargo, para tales efectos en general debe haber cumplido un porcentaje de la pena que en promedio son dos terceras partes o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, y siempre que el condenado haya expresado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la investigación[31].

25 Corte IDH, Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, párrafo 191. En el mismo sentido Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Khamila Isayeva vs. Rusia (Aplicación N° 6846/02). Sentencia de 15 de noviembre de 2007, párrafo 164. Citados por Nogueira, Humberto. Op. cit.

26 Corte IDH, Sentencia caso de la Masacre de la Rochela. 11 de mayo de 2007, Serie C Nº 163, párrafo 196. Citado por Fernández, Karina. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derechos, Universidad de Chile 2009.

27 Corte IDH, Caso Barrios Altos vs Perú, 14 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 14.

28 Naciones Unidas, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000).

29 Naciones Unidas, Reglas de Procedimiento y Prueba. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1(2000). Regla 145. 1 literal b.

30 Ibídem, Regla 145.2.

31 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 110.

SITUACIÓN NACIONAL

En Chile los tribunales superiores de justicia en los últimos años han dado pasos importantes para establecer las responsabilidades penales frente a crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad y encuadrar normativamente esas conductas criminales como hechos repudiables a la luz del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos.

En el período que cubre este informe, este avance se expresa la reapertura de nuevas causas lo que fue favorecido por la ampliación de facultades del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, en virtud del artículo 10 transitorio de la Ley N° 20.405. En el mes de enero de 2011, la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago, presentó de oficio 726[32] requerimientos a favor de víctimas de violaciones a los derechos humanos por las que no se había iniciado ninguna acción judicial. Este hecho representa un esfuerzo por garantizar el acceso a la justicia a las víctimas detenidas desaparecidas y ejecutadas políticas y sus familiares. A ello se suman las presentaciones efectuadas por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos que entre junio de 2010 y julio de 2011 presentó 1.001 querellas[33].

Estas iniciativas se desarrollaron en un contexto de dudas y temores por parte de organizaciones de víctimas y familiares. En efecto, la discusión en torno a la propuesta de indulto presentada por el Gobierno en marzo de este año[34] con el objeto de mitigar el grave problema de hacinamiento en las cárceles del país, no era clara respecto a la inclusión en ella de violadores de derechos humanos. En este marco, el INDH exhortó a los poderes públicos a dar pleno cumplimiento a los principios de derecho internacional vigentes, y señaló la necesidad de garantizar que expresamente se excluyera del indulto a autores, cómplices y encubridores condenados por crímenes de lesa humanidad[35].

ANÁLISIS DE FALLOS DICTADOS POR LA CORTE SUPREMA EN EL AÑO 2011

Desde el año 2006[36], la Sala Penal de la Corte Suprema ha venido sosteniendo de manera reiterada que los secuestros, y homicidios en el contexto de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos constituyen infracciones graves al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, y que en tanto tal son inamnistiables e imprescriptibles. Sin embargo, desde el año 2007 –causa por la desaparición de Juan Luis Rivera Matus–[37] se advierte una tendencia a aplicar instituciones penales que inciden significativamente en la determinación de la pena como es el caso de la prescripción gradual o media prescripción, las atenuantes de responsabilidad penal y, finalmente, la concesión de beneficios –remisión condicional de la pena o la libertad vigilada–, que redundan en que los responsables de estos crímenes no cumplan penas efectivas acordes a la severidad de los hechos.

La media prescripción asienta su fundamento normativo en el transcurso del tiempo. La norma requiere que el delito sea prescriptible y su aplicación rebaja en dos o más grados la pena, lo que resulta contrario a la naturaleza imprescriptible de esos crímenes. La Corte Suprema inició esta línea jurisprudencial en el año 2007[38], concediendo de oficio y en toda su extensión los beneficios derivados de la media prescripción, utilizando un argumento que con posterioridad ha sido reiterado en los mismos términos: "la minorante encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo, en definitiva, sólo en el quantum de la sanción"[39].

Entre los meses de enero y septiembre del año en curso, la Sala Penal de la Corte Suprema ha dictado fallo en 12 causas relacionadas con violaciones sistemáticas a los derechos humanos[40]. Se trata de investigaciones judiciales que

32 Presentación efectuada por la Sra. Fiscal Beatriz Pedrals el 26 de enero de 2011.
33 Universidad Diego Portales, Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2011, Centro de Derechos Humanos, pág. 44.
34 Proyecto de ley sobre indulto general. Boletín Nº 7533-07, 15 de marzo de 2011.
35 INDH, Declaración Pública. 18 de abril de 2011. http://www.indh.cl/declaracion-publica-respecto-al-proyecto-de-ley-para-reducir-hacinamiento-carcelario.
36 Por ejemplo, ver Sentencia Rol N° 559-04 de la Corte Suprema, de 13 de diciembre de 2006.
37 Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3808-06, de 30 de julio de 2007.
38 SCS Rol 3808-06 de 30 de julio de 2007. Causa asociada al secuestro del dirigente obrero Luis Rivera Matus.
39 SCS Rol 3808-06 de 30 de julio de 2007.
40 Programa Derechos Humanos Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio N° 20298 de 3 de octubre de 2011.

en promedio duraron una década de tramitación[41]. Las sentencias dictadas en el periodo consolidan la jurisprudencia consistente en considerar los hechos como constitutivos de crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad. En efecto, la Corte Suprema reiteró que los crímenes cometidos se dieron en un "contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder"[42].

La Corte Suprema persistió en señalar, en los fallos analizados, que las consecuencias jurídicas de esta clase de crímenes derivan de la prohibición absoluta, en todo tiempo y lugar, de atentar contra la dignidad del ser humano, norma de carácter imperativa que hace parte del derecho internacional público. Reiteró que la lesión a dichos derechos impone el deber insoslayable del Estado de investigar y sancionar. Insiste que los instrumentos internacionales de derechos humanos gozan de primacía[43] estándole vedado al Estado invocar su normativa interna para sustraerse de las obligaciones de respeto, promoción y garantía que el derecho internacional de los derechos humanos y la conciencia jurídica universal reclaman[44]. También estableció que el derecho internacional, aun el fundado en el derecho consuetudinario, tiene rango supralegal[45], y concluyó que ante la criminalidad del Estado la obligación de investigar y sancionar dimana directamente "de principios surgidos del orden imperativo internacional que se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por algunas limitaciones instituidas para el castigo del resto de los delitos"[46].

Todas las sentencias analizadas corresponden a fallos divididos, en las que hay una precaria mayoría, toda vez que dos de los cinco ministros de la Sala Penal están por exonerar de responsabilidad penal y sustraer de la acción de la justicia a los responsables de estos crímenes.

Durante el año 2011, y no obstante el creciente reconocimiento al derecho internacional de los derechos humanos en los tribunales superiores de justicia, la Segunda Sala de la Corte Suprema anuló de oficio las sentencias dictadas por los tribunales inferiores y, a pesar de señalar su imprescriptibilidad, aplicó la denominada media prescripción, la que junto con la consideración de la atenuante de irreprochable conducta anterior, y la concesión de la libertad vigilada o la remisión condicional de la pena, hicieron que las resoluciones de término carecieran de efectividad sancionatoria. Así la postura de la Sala Penal representa una señal de impunidad respecto de crímenes en los que estuvieron involucrados agentes del Estado chileno[47].

41 Siete de estas sentencias se refieren a secuestros y homicidios reiterados: 1) SCS Rol 8311-2009 de 19 de enero de 2011, episodio "Armando Jiménez Machuca y otros", en las que se investigaron los homicidios de 6 obreros estibadores del puerto de San Antonio; 2) SCS Rol 5698-09 de 25 de enero de 2011 episodio "Melipeuco", referido a la desaparición de cinco obreros agrícolas de la Provincia de Cautín; 3) SCS Rol 8314/2009 de 27 de enero de 2011, episodio "Chihuío" en la que se investigó la desaparición de 17 obreros del Complejo Maderero y Forestal Panguipulli; 4) SCS Rol 7436-09 de 21 de abril de 2011 episodio "Asalto a la Patrulla" Escuela de Caballería de Quillota, en la que se investigó la desaparición de tres víctimas y la ejecución de seis personas; 5) SCS Rol 2263-2010 27 de abril de 2011, episodio "Escuela de Artillería Linares", en la que se investigó la desaparición forzada de nueve personas; 6) SCS Rol 5436-2010 de 22 de junio de 2011, relacionadas con la desaparición de dos personas desde la ciudad de Santiago; y 7) SCS Rol 5285-2010 de 11 de julio de 2011 relacionada con la investigación de tres víctimas detenidas desaparecidas desde la ciudad de Santiago. Las otras cinco causas están referidas a la investigación de hechos que involucran a una sola víctimas, son los casos: SCS 2414-2010 de 21 de abril de 2011, episodio *"Hospital San Juan de Dios"*; SCS Rol 4915-2009 de 5 de mayo de 2011, episodio "Jaime Aldoney Vargas"; SCS Rol 5219-2010 de 22 de julio de 2011, episodio *"Oscar Armando Farías Urzúa"*; SCS Rol 8019-2010, de 12 de julio de 2011, episodio "Mario López Aliaga" y SCS 6823-2009 de 25 de agosto de 2011, episodio *"Herbit Guillermo Ríos Soto"*.

42 SCS 8314-09 27 de enero de 2011. Considerando Sétimo. Ver Sentencia Corte Suprema Rol 5698-09 de 25 de enero de 2011. Considerando Décimo Quinto.

43 SCS Rol 8314-09 27 de enero de 2011. Considerando Décimo Sexto. Ver Corte Suprema Rol 5219-2010. Considerando Octavo.

44 SCS Rol 8314-09 27 de enero de 2011. Considerando Décimo Sexto; Décimo Séptimo.

45 SCS Rol 8314-09 27 de enero de 2011. Considerando Décimo Sexto; Décimo Séptimo.

46 Corte Suprema Sentencia Rol 8314-09 27 de enero de 2011. Considerando Trigésimo Segundo.

47 Salvo el episodio Chihuío, SCS Rol 8314-09 27 de enero de 2011, en que se condenó a una persona a pena privativa efectiva de libertad por los homicidios calificados de 17 personas, en el resto de las 11 causas analizadas no hubo una sanción efectiva.

De 245 ex agentes del Estado condenados por violaciones a los derechos humanos desde el año 2000[48], al mes de agosto de 2011 había sólo 64 cumpliendo penas privativas de libertad efectivas[49]. Adicionalmente, en el período 2010-agosto de 2011, a 5 condenados se les han proporcionado beneficios intrapenitenciarios consistentes en salida de fin de semana o salida dominical. Este último beneficio fue solicitado por el General (R) Juan Manuel Contreras Sepúlveda, el que no fue acogido por el Alcaide del CCP Cordillera, y que motivó que el ex Director Nacional de la DINA interpusiera una acción de protección de garantías constitucionales ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que fue rechazada[50].

SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

De un delito que causa daño deriva para la víctima y sus familiares no sólo el derecho a perseguir las responsabilidades criminales –acción penal–, sino además el de ser resarcidas por el daño ocasionado –acción civil–. Cuando el hecho que provoca el daño es la consecuencia de una acción u omisión del Estado la obligación de reparar se concreta en la determinación de la llamada responsabilidad civil o extracontractual del Estado. Así, tanto la acción penal como la civil en este tipo de crímenes son imprescriptibles.

En relación con esta responsabilidad, el Consejo de Defensa del Estado –que por mandato legal asume la defensa de los intereses del Fisco– ha insistido en que se exonere al Estado de la obligación de indemnizar el daño, alegando que la acción civil se encuentra prescrita, que los familiares ya han sido resarcidos del daño moral inferido con motivo de las políticas de reparación impulsadas y/o sosteniendo que el tribunal o juez del crimen es incompetente absolutamente para conocer de las acciones civiles derivadas de estos ilícitos. Esta última argumentación es la que ha prosperado mayoritariamente. Esta postura resulta contraria al principio de reparación integral recogido en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a interponer recursos y obtener reparaciones (2005)[51], en cuya virtud una reparación eficaz involucra el derecho imprescriptible a ser indemnizado, entre otras medidas de reparación, por el daño ocasionado con motivo de crímenes internacionales. No obstante, en los fallos dictados por la Corte Suprema en el año 2011 se tiende a aceptar la tesis sostenida por el Consejo de Defensa del Estado de desechar la pretensión de los familiares a ser resarcidos, con excepción de tres causas –dos en las que dicha pretensión fue acogida[52] y una en la que se realizó una conciliación[53].

En este orden de ideas, es necesario avanzar en un cambio que permita unificar la jurisprudencia y garantizar la efectividad y la primacía del derecho a la reparación. A juicio del INDH, la protección del patrimonio fiscal no debe ser jamás un impedimento para obtener la reparación integral del daño ocasionado por el Estado y sus agentes.

JUICIO EN PARÍS

Como parte de los esfuerzos de los familiares por alcanzar justicia respecto a estos crímenes, cabe destacar que luego de 12 años de tramitación, el 17 de diciembre de 2010 la Corte Penal de París dictó sentencia condenatoria –en ausencia– en contra de 13 agentes del Estado chileno por sus responsabilidades en el secuestro y posterior desaparición de cuatro ciudadanos franco-chilenos[54], imponiendo sanciones que van de los 15 años a presidio perpetuo. La Corte emitió órdenes de arresto contra ellos y actualmente se realizan gestiones para proceder a la extradición de los condenados.

La Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) y su organización miembro en Francia, la Liga Francesa de Derechos Humanos, CODEPU, la Asociación de ex prisioneros políticos chilenos en Francia y Francia América Latina se constituyeron en parte civil en dicha causa. Entre los días 24 al 28 de octubre, la FIDH realizó una misión a Chile para

48 Universidad Diego Portales, Informe Anual 2011, Centro de Derechos Humanos, pág. 29.
49 Oficio 1284-2011 de 19 de agosto de 2011.
50 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 11432-2011 de 2 de noviembre de 2011.
51 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, principios 4 y 5.
52 Sentencia Rol 543-2010 de 22 de julio de 2011 y Sentencia Rol 2414-2010 de 21 de abril de 2011.
53 Sentencia Rol 5285-2010 de 11 de julio de 2011.
54 Alfonso Chanfreau, Jean-Yves Claudet, Gerges Klein y Etienne Pesle.

solicitar a las autoridades que cumplan con las órdenes de detención decretadas[55] oportunidad en la que el abogado Roberto Garretón, testigo de contexto en el juicio y actual consejero del INDH, señaló que "si bien no hay un tratado de extradición, propiamente tal, entre Chile y Francia, sí hay resoluciones de reciprocidad que obligan al cumplimiento de estas órdenes de detención, en este caso de la más alta instancia penal de la justicia francesa"[56].

PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA

Facilitar la asistencia apropiada a las víctimas para acceder a la justicia representa un deber[57] que el Estado de Chile cumple a través del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (1997)[58].

En el año 2001 con motivo del impulso dado por la designación de jueces con dedicación exclusiva, el Poder Ejecutivo "resolvió reestructurar el Programa de Derechos Humanos, extendiendo sus acciones con el fin de fortalecer y profundizar el cumplimiento"[59] de sus objetivos. De esta manera, el Programa se hizo parte coadyuvante en las causas en las que se investigaba la desaparición forzada de personas. La entrada en vigencia de la Ley N° 20.405 en diciembre de 2009, otorgó al Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública nuevas facultades que le permiten aumentar su rango de acción, al facultarlo a "ejercer todas las acciones legales que sean necesarias, incluidas las de presentar querellas respecto de los delitos de secuestro o desaparición forzada, en su caso, y de homicidio o de ejecución sumaria"[60]

De acuerdo a información proporcionada por el Programa[61], entre el 1° de enero de 2010 a septiembre de 2011 se han presentado en uso de las nuevas facultades concedidas un total de 258 nuevas querellas representativas de 383 víctimas[62]. El Programa al mes de octubre del año en curso es parte querellante o coadyuvante en 405 procesos criminales en los que se investigan los hechos relacionados con 1.280 víctimas[63].

La cantidad de causas abiertas en las que se investigan las violaciones del pasado requieren de un fortalecimiento en la institucionalidad, recursos y personal del Programa de manera de cumplir cabalmente con su mandato y brindar un debido acompañamiento judicial y social los familiares de las víctimas.

CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO ALMONACID

Si bien durante el período observado los Tribunales de Justicia no han aplicado el Decreto Ley de Amnistía, está aún pendiente el cumplimiento del fallo dictado por la Corte IDH en el año 2006 en el caso Almonacid[64], el que ordenó al Estado privar de todo efecto jurídico al referido decreto. A fines del año 2010, la Corte IDH volvió a reiterar al Estado la obligación de "asegurar que el Decreto Ley N° 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile (…)"[65]. No se han constatado avances en esta materia en la medida que la norma sigue vigente y no hay garantías de que no se vuelva a aplicar.

Respecto del caso en particular la Corte IDH reiteró la obligación del Estado de "investigar, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables por la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano (…)"[66]. En relación a dicha obligación se observan avances.

En base a la sentencia dictada por el Corte regional, la cónyuge de la víctima solicitó la designación de un Ministro en Visita para que se avoque a la investigación de los hechos

55 www.fidh.org
56 Ibídem.
57 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principio VIII. Acceso a la justicia. letra c).
58 Creado por el Decreto Supremo N° 1.005 del Ministerio del Interior (1997).
59 Ver www.ddhh.gov.cl/quienes_somos.html
60 Ley N° 20.405 art. 10 transitorio.
61 Oficio 20298 de 3 de octubre de 2011.
62 Ibídem.
63 Ibídem.
64 Corte IDH, Caso Almonacid Orellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
65 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile. 18 de noviembre de 2010, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
66 Ibídem.

de la causa. El Ministro designado resolvió la reapertura de la investigación "teniendo presente que el Estado de Chile aprobó el 'Pacto de San José de Costa Rica' que reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, [y] dispuso el cumplimento de la sentencia dictada por dicha Magistratura"[67].

El 18 de agosto de este año se dictó sentencia de primera instancia que condenó a Raúl Hernán Neveu Cortesi a la pena de cinco años como autor de delito de homicidio simple de Luis Almonacid Arellano[68]. El ministro instructor calificó los hechos como un crimen de lesa humanidad y señaló que el Estado "[d]ebió haber garantizado su seguridad al momento de ser detenido y no lo hizo, en cambio, fue ejecutado por un agente del Estado en una época en que sistemáticamente se cometieron homicidios, torturas y atentados en contra de la integridad física de las personas, por lo que en ese contexto debe considerarse el homicidio del profesor Almonacid como un delito de lesa humanidad"[69], y por lo tanto, inamnistiable e imprescriptible, desestimando la excepción de amnistía interpuesta por el único acusado en la causa. Finalmente, siguiendo los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema, acogió la atenuante de irreprochable conducta anterior, dio aplicación a la denominada media prescripción y concedió el beneficio de la libertad vigilada. A la fecha de redacción del presente Informe, la causa se encuentra en estado de apelación ante la Corte de Apelaciones de Rancagua.

LA IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DETENIDAS DESAPARECIDAS Y EJECUTADAS POLÍTICAS SIN ENTREGA DE CUERPOS

El Estado chileno ha venido desplegando esfuerzos a fin de dar con la identificación y destino de las víctimas detenidas desaparecidas. Dichos esfuerzos son consistentes con la normativa internacional que establece la obligación del Estado de tomar medidas apropiadas a este respecto y que reconoce el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida[70]. Más aún, con la aprobación de los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, dicha obligación se dotó de mayor contenido en la medida que establece que los Estados deben llevar cabo en cumplimiento a las garantías de satisfacción, medidas eficaces para realizar la "[b]úsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad"[71].

El gobierno de la presidenta Michelle Bachelet comprometió los esfuerzos y recursos necesarios para instalar un sistema de identificación forense de víctimas de violaciones a los derechos humanos, que diera certeza a las familias de las víctimas, al Poder Judicial y a la sociedad en su conjunto. Así, desde el año 2007 el Estado ha venido impulsando, en el marco de las investigaciones judiciales en curso, una política pública que permita la identificación de los hallazgos óseos y su entrega a los familiares. Ello en respuesta a las graves inconsistencias detectadas en el proceso de identificación forense llevado a cabo en la década de los 90, que proporcionó identificaciones erradas a víctimas inhumadas ilegalmente en el "Patio 29" del Cementerio General, lugar donde fueron enterrados una parte importante de los cuerpos de las víctimas asesinadas en Santiago entre septiembre de 1973 y marzo de 1974.

El Programa de Derechos Humanos del Servicio Médico Legal –actual Unidad Especial de Identificación Forense– ha logrado crear un banco genético de muestras de familiares para realizar los análisis de identificación de víctimas. Al mes de julio de 2011 existían en dicho banco 3.282 muestras genéticas de familiares, lo que significa que el 73% de las víctimas detenidas desaparecidas o ejecutadas políticas sin entrega de restos está representada por lo menos por una

67 Corte de Apelaciones de Rancagua Rol 2242-2011 de 18 de agosto de 2011. Vistos, pág. 4.
68 Ibídem.
69 Ibídem.
70 Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24 inc. 2 y art. 32 y 33 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.
71 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principio IX. Reparación de los daños sufridos, punto 22 letra c).

muestra de algún familiar[72].

De esta manera se han abordado complejos casos de identificación, no sólo vinculados a Patio 29, sino además a otros episodios represivos donde se logró la identificación de víctimas en los casos de Los Hornos de Lonquén, Calama, Chihuío, Fuerte Arteaga, Paine, y en otros once casos individuales, cuyos restos estuvieron sin identificar por años en dependencias del Servicio Médico Legal. Para garantizar los estándares científicos, las pericias de identificación se hicieron en colaboración con expertos forenses internacionales, y con la asesoría de laboratorios extranjeros. Al mes de agosto de 2011, en el marco de los juicios llevados a cabo por violaciones a los derechos humanos, se ha logrado la identificación de 109 víctimas, 45 de las cuales pertenecen al caso Patio 29[73]. A pesar de que aún existen osamentas y restos óseos fragmentados en dependencias del Servicio Médico Legal, mientras no concluyan las pericias, no es posible determinar cuántas de ellas pertenecen a víctimas detenidas desaparecidas o ejecutadas políticas sin entrega de restos.

A estas acciones se suman los esfuerzos desarrollados por el Servicio Médico Legal por determinar la causa de muerte de las víctimas. Es el caso de las pericias realizadas en los restos del presidente Salvador Allende cuya exhumación se llevó a cabo el 23 de mayo de 2011, por peritos nacionales y extranjeros[74], y cuyo informe pericial fue proporcionado al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago Mario Carroza el 19 de julio del año en curso, corroborando la hipótesis del suicidio.



72 Oficio N° 18260 del Servicio Médico Legal, 9 de septiembre de 2011.
73 Ibídem.
74 El caso en que se investiga la muerte del ex mandatario forma parte de los 726 requerimientos efectuados por la Fiscal de la Corte de Apelaciones de Santiago.

ALGUNAS MEDIDAS DE REPARACIÓN INDIVIDUAL

Reparar un daño en sí inconmensurable es un asunto que en materia de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad representa un desafío para los Estados. No obstante, en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario se han alcanzado algunos consensos sobre los mínimos exigibles que deben orientar el quehacer del Estado en esta materia, uno de los cuales es que las reparaciones por violaciones a las derechos humanos deben centrarse en la víctima con el fin de aliviar el sufrimiento[75] y que deben tener carácter integral. Así, se ha avanzado en la sistematización de los elementos constitutivos del derecho a la reparación plena y efectiva, lo que involucra las dimensiones de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[76].

Para los familiares y víctimas detenidas desaparecidas, ejecutadas o torturadas la plena restitución o restablecimiento a la situación anterior a la violación del derecho resulta imposible. De ahí que la obligación de reparar en estos casos conlleve el deber de resarcir en equivalencia, mediante indemnizaciones, a los familiares de las víctimas[77]. Junto con estas los Estados deben además adoptar garantías de no repetición, que trascienden el ámbito de la reparación individual e involucran un conjunto de iniciativas destinadas al conjunto de la sociedad.

Desde los inicios de la transición democrática el Estado ha realizado esfuerzos en materia de garantizar el derecho a la reparación a las víctimas de los crímenes de Estado[78], por medio de políticas públicas que tienen diversas dimensiones y alcances: individuales y colectivas; simbólicas y económicas. En un proceso cada vez más inclusivo, estas políticas han atendido a las variadas formas de violaciones a los derechos humanos, como la violación del derecho a la vida (desaparición forzada y ejecución extrajudicial); a la libertad de desplazamiento (exilio); a la integridad física y psíquica (torturas); a la pérdida de oportunidades previsionales (exoneración).

Las políticas impulsadas por el Estado en esta materia son más amplias que las que se detallan en este apartado. Otras medidas de reparación y resarcimiento que no son analizadas aquí son, por ejemplo, la devolución de bienes a organizaciones sociales y partidos políticos, las políticas dirigidas a exonerados de la tierra, o las referidas a personas a las que se privó de la nacionalidad chilena, entre otras. A continuación se da cuenta de algunas de las principales políticas públicas y medidas de reparación implementadas por el Estado de Chile a partir del año 1990.

75 Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven. Relator Especial. E/CN/Sub.2/1993/8 2 de julio de 1993.

76 "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones". 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005. Principio 18.

77 Caso Trujillo Oroza, párrafo 62 y otras sentencias citados por Nash Rojas, Claudio. Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007). Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. 2009, pág. 36.

78 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, op. cit., párr. 138. "La Corte celebra los pasos dados por el Estado de Chile y resalta el trabajo de las diferentes Comisiones creadas una vez retornada a la democracia. Da cuenta en materia de daño inmaterial, de los beneficios obtenidos por familiares de víctimas de derechos humanos dados por el Estado de Chile. […] [E]stima […] que las medidas que antes ha señalado constituyen una debida reparación en los términos del artículo 63. 1 de la Convención Americana".

PENSIONES DE REPARACIÓN Y BECAS DE ESTUDIO

Las primeras medidas de reparación de contenido patrimonial y moral destinadas a los familiares directos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos (detenidas desaparecidas y ejecutadas políticas) encuentran su fundamento en la Ley N° 19.123 (1991), que surge con posterioridad a las recomendaciones del Informe de la Comisión Rettig. Consisten principalmente en el establecimiento de una pensión mensual de reparación[79] (art. 17); acceso a prestaciones de salud en la modalidad de atención institucional (art. 28); acceso a beneficios educacionales para los hijo/as de las víctimas hasta los 35 años, y en la exención del Servicio Militar Obligatorio (art. 32). Con posterioridad, la Ley N° 19.980[80] de 2004 aumentó los montos de las pensiones, estableció un bono de reparación para los hijos a ser entregado por una única vez, y estableció la facultad del Presidente de la República de otorgar 200 pensiones de gracia a familiares que no tienen derecho a pensión de reparación y a la vez hayan dependido económicamente de la víctima.

De acuerdo a la información proporcionada por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se ha hecho entrega de estas pensiones a 5.127 personas, registro que incluye a todas las personas vivas y fallecidas que algunas vez accedieron a ellas[81]. Si bien estos beneficios son exigibles a petición de parte llama la atención que en virtud del requerimiento formulado por el INDH, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública señale que se ha "encontrado con familiares que aún no han impetrado el beneficio"[82]. En esta materia, lo exigible es que se adopten todas las medidas de difusión e información para asegurar que las víctimas y sus familiares tengan la oportunidad de acceder a las prestaciones dadas por el Estado.

El Instituto de Previsión Social, a su vez, informó que al mes de julio del año en curso, 2.547 familiares de víctimas calificadas reciben esta pensión de reparación[83], es decir, menos de un familiar por víctima estaría accediendo al beneficio al que tiene derecho.

Por su parte, las víctimas de prisión política y tortura calificadas en virtud de la Ley N° 19.992[84], acceden a una pensión de reparación que desde el año 2009 es transmisible a la cónyuge sobreviviente (arts. 1 a 8). Dicha pensión de reparación es incompatible con la pensión no contributiva otorgada a los exonerados políticos, concediéndose al titular un derecho de opción (art. 2). La misma ley concedió un bono por una sola vez para el o los hijos/as nacidos/as en cautiverio o detenidos/as junto a su padre o madre (art. 5). Esta última situación fue rectificada con la Ley N° 20.405 al conceder a niños y niñas víctimas el beneficio de la pensión mensual de reparación. Estas pensiones son canceladas por el Instituto de Previsión Social (IPS), el cual informó que al mes de julio de 2011 el número de personas que accedían a la pensión de reparación a nivel nacional era de 19.478.

En materia de educación (arts. 11 a 13 de la Ley N° 19.992) se concedió a las víctimas calificadas becas de estudios por el valor total del arancel, sea cual fuere éste, para iniciar o continuar estudios en cualquier institución de educación superior acreditada. Desde el año 2009 dicha beca es transferible a uno de sus descendientes (hijo/a o nieto/a, art. 6 Ley N° 20.405), pero al ser transferida ésta cubre sólo el arancel de referencia.

En la administración de este beneficio se han formulado denuncias por su eventual mal uso, que han derivado en investigaciones en la Justicia, en Contraloría y en el Parlamento. Al momento de elaboración de este informe se está a la espera de la determinación de eventuales responsabilidades.

79 A la pensión de reparación tiene derecho la madre de la víctima y en caso de fallecimiento el padre. También tiene derecho a esta pensión el o la cónyuge y las madres de hijos no matrimoniales o adoptados; los hijos e hijas hasta los 25 años y los hijos e hijas con necesidades especiales de manera vitalicia. La pensión es de un determinado monto que se divide entre los beneficiarios (arts. 17 a 27) y se cancela a través del Instituto de Previsión Social.

80 Publicada en el Diario Oficial el 9 de noviembre 2004.

81 Programa de Derechos Humanos. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Oficio N° 20.298 de 3 de octubre de 2011.

82 Ibídem. La cifra incluye a personas fallecidas que en vida accedieron al beneficio.

83 Director Nacional (s). Instituto de Previsión Social. Ordinario N° DN 3659-4/2011 de 9 de septiembre de 2011.

84 Publicada el 24 de diciembre de 2004.

El INDH formuló una consulta al Ministerio de Educación[85] para conocer si dicha repartición "ha realizado estudios o informes de evaluación de los procesos de asignación de becas derivadas de las leyes de reparación, incluidos estudios o informes sobre denuncias por errores en los procesos asignación de dichos beneficios". No obstante reiterar esta solicitud, a la fecha de cierre del presente Informe no se ha recibido respuesta por parte del Ministerio.

RESTITUCIÓN DE DERECHOS PREVISIONALES

La Oficina de Exonerados Políticos depende del actual Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Nació el año 1993[86] para regularizar la situación previsional y/o establecer beneficios por gracia para ex funcionarios públicos quienes habían sido despedidos por motivos políticos entre septiembre de 1973 y marzo de 1990. Posteriormente, su ámbito de alcance fue extendido en forma progresiva para abarcar a empleados de empresas privadas intervenidas por el Estado, miembros de las Fuerzas Armadas, Poder Judicial y Poder Legislativo quienes perdieron sus fuentes de trabajo por estas mismas razones y en dicho período. Junto con la regularización para completar períodos de lagunas previsionales, y siempre que concurran los tiempos necesarios, se concede una pensión no contributiva por gracia. La Oficina recibió solicitudes entre los años 1993 y 2004[87]. Al mes de agosto de 2011 la Oficina de Exonerados informó que se ha calificado a 157.038 personas[88]. De acuerdo a la información proporcionada por el IPS, a julio del año en curso, sólo se proporcionaban 73.666 pensiones. Después de siete años de haber cerrado la oficina para recibir nuevos casos, aún hay casos pendientes de calificación[89].

Durante el año en curso se han formulado denuncias de irregularidades en la entrega de certificados que acreditan la condición de exonerado político[90]. En los meses de agosto y septiembre de 2011, el INDH ofició a la Oficina de Exonerados Políticos a fin de recabar información sobre el proceso de calificación y, específicamente, sobre la existencia de estudios o informes de evaluación de los procesos y/o denuncias de fraudes. La Oficina informó que ellos no "disponen de estudios o informes oficiales sobre el particular"[91], e indicó que las acciones emprendidas en este sentido fueron la presentación de una querella el 13 de agosto de 2010 por parte del Ministerio del Interior por los delitos de falsificación de instrumento público y usurpación de funciones, entre otros[92], y el envío de un oficio al Consejo de Defensa del Estado a fin de requerir el inicio de juicio de nulidad de derecho público con el objeto de dejar sin efecto resoluciones de exonerados que hayan sido otorgados ilegalmente. Finalmente, se informó que el 8 de septiembre de 2011, el Subsecretario del Interior entregó información sobre 126 casos para anular resoluciones de exoneración[93]. Adicionalmente, se constituyó una comisión investigadora en la Cámara de Diputados que inició una investigación a los efectos de determinar las responsabilidades políticas que eventualmente estén involucradas en este caso[94].

MEDIDAS DE RESTITUCIÓN DEL DERECHO A VIVIR EN EL PAÍS DE NACIMIENTO

Cuatro cuerpos legales principales se dictaron con el objeto de implementar políticas de reparación asociadas con la diáspora chilena. La primera de estas normas creó la Oficina Nacional del Retorno –ONR–[95]; la segunda se refirió a la concesión de franquicias aduaneras para aquellas personas

85 Oficio N° 458 solicita información sobre políticas de reparación implementadas por el Ministerio de Educación de 2 de agosto de 2008. Oficio N° 613, reitera solicitud que indica, de 22 de septiembre de 2011.

86 Mediante la Ley N° 19.234, establece beneficios previsionales por gracia para personas exoneradas por motivos políticos en lapso que indica. Publicada el 12 de agosto de 1993.

87 Los plazos otorgados al efecto fueron los siguientes: 12 de agosto de 1993 al 11 de agosto de 1994 (Ley Nº 19.234). Posteriormente se concedió un nuevo plazo para presentar casos del 31 de agosto de 1998 al 1 de septiembre de 1999 (Ley Nº 19.582) y por último se concedió un tercer período del 1 de julio de 2003 al 30 de julio de 2004 (Ley Nº 19. 881).

88 Jefe de Oficina de Exonerados Políticos. Ordinario N° 20.183 recibido el 3 de octubre de 2011.

89 Ibídem.

90 Programa Contacto de Canal 13. 4 de octubre de 2011.

91 Oficio Jefe de Oficina de Exonerados Políticos. Ordinario N° 20.183 recibido el 3 de octubre de 2011.

92 Causa Ruc 10110020995 Séptimo Juzgado de Garantía.

93 Oficio Jefe de Oficina de Exonerados Políticos. Ordinario N° 20.183, op. cit.

94 "Con la participación del Ministro del Interior y Seguridad Pública, Rodrigo Hinzpeter, y del Subsecretario del ramo, Rodrigo Ubilla, la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados inició su investigación respecto de las posibles irregularidades en el proceso de otorgamiento de beneficios previsionales a exonerados políticos". En http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=46690, 17 de octubre de 2011.

95 Ley N° 18.994 publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990.

calificadas como exiliados/as por la Oficina[96]; la tercera está referida al reconocimiento para el ejercicio profesional[97], y la última de las leyes concedió beneficios a los deudores del Banco del Estado de Chile que obtuvieron créditos en el marco del programa para el establecimiento por cuenta propia de chilenos retornados desde el exilio[98].

La Organización Nacional del Retorno funcionó desde agosto de 1990 hasta septiembre de 1994. Su propósito fundamental fue el de proponer e impulsar planes, programas y proyectos dirigidos a facilitar la reinserción social de los/as exiliados y su núcleo familiar. Para efectos de la ley se entendió por exiliado/a a todas la personas condenadas por los Consejos de Guerra y otros tribunales militares, cuyas penas privativas o restrictivas de libertad fueron conmutadas por extrañamiento; todas aquellas que habían sido objeto de expulsión y/o prohibición de reingreso por resolución administrativa; aquellas a quienes se les había concedido el estatus de refugiado bajo la Convención de la ONU o por terceros países; personas que abandonaron el país por ser exoneradas de sus funciones laborales y luego se les denegó el permiso para reingresar; familias de estas personas cuando habían residido en el extranjero durante un mínimo de tres años. Al término de su mandato, la Oficina dio cuenta de la atención a 52.557 personas (18.042 jefes de hogar más 34.515 integrantes del grupo familiar)[99]. En materia de reinserción laboral se proporcionaron oportunidades laborales a 19.834 personas[100].

Dentro de las medidas de reparación que se implementaron, una de ellas estuvo destinada a un grupo de personas retornadas desde Alemania mediante un Convenio de Cooperación Financiera (1990) entre ese país y Chile. El Convenio estipulaba la concesión de créditos con el fin de contribuir al establecimiento por cuenta propia de las personas retornadas de dicho país, y a la reintegración profesional, así como al mejoramiento de la situación laboral. Dicho programa fracasó en su objeto de reparar el daño ocasionado con motivo del exilio, al conceder créditos con garantías hipotecarias, sin seguro de desgravamen, y respecto de proyectos de emprendimiento inviables financieramente, lo que condujo al endeudamiento y posterior ejecución de bienes de un grupo de retornados/as cuyas propiedades fueron rematadas[101].

MEDIDAS DE REHABILITACIÓN

El Programa de Reparación y Atención Integral de Salud para las Víctimas de Violaciones de Derechos Humanos –en adelante PRAIS– nace en el año 1991 como consecuencia de las recomendaciones emanadas del Informe de la Comisión Rettig y está orientado a la atención integral de la salud física y mental en el ámbito individual, grupal, familiar y social de las personas víctimas de la represión política. Los/as usuarios/as de este Programa tienen derecho a la gratuidad de las prestaciones médicas que se otorgan en los establecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud Pública y los adscritos, como los consultorios municipales.

Se trata de la medida de reparación con más amplia cobertura, que incluye a todas las categorías de víctimas oficialmente reconocidas y su grupo familiar: Familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutado Políticos; víctimas de prisión política y tortura; retornados del exilio; exonerados políticos; personas que trabajaron en la protección de los derechos humanos por un período continuo de 10 años; personas que vivieron la relegación y otras situaciones que el equipo PRAIS evalúe como prioritarias de acuerdo a lo señalado en la Norma Técnica. Según el Ministerio de Salud, a febrero de 2011 había 606.347[102] usuarios/as acreditados/as a lo largo del territorio nacional. Esta cifra aumentará en atención a los resultados proporcionados por la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Victimas de Presión Política y Tortura en este año.

96 Ley N° 19.128 publicada en el Diario Oficial 07 de febrero de 1992.
97 Ley N° 19.074 publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1991 posteriormente modificada por la Ley Nº 19.248 de 30 de septiembre de 1993.
98 Ley Nº 19.740 publicada en el Diario Oficial el 30 de junio de 2001.
99 Fuente: cifras oficiales reporteadas en La Segunda, 9 de septiembre de 1994, y citadas en Lira (2006).
100 Lira, Elizabeth y Loverman, Brian; Políticas de reparación Chile 1990-2004. Lom Ediciones. Santiago. 2005, pág. 265.
101 No obstante dictarse la Ley Nº 19.740 que otorgó beneficios a los deudores, el problema persistió, lo que llevó a que la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados emitiera un informe en el año 2006, que recomendaba entre otras medidas que se suspendiera por parte del Banco del Estado la ejecución de los créditos. Cámara de Diputados, Sesión 4, de 21 de marzo de 2006, pág. 41.
102 Ministro de Salud. Ordinario N° C11/2744, de 19 de agosto de 2011.

Entre los principales desafíos que enfrenta el PRAIS está el de mejorar la oportunidad de acceso y las coberturas a las prestaciones de salud.

LA REPARACIÓN SIMBÓLICA A TRAVÉS DE LA EDUCACIÓN

En el marco de una reparación integral, la reparación simbólica busca reconocer a las víctimas en su dignidad, preservando la memoria de las violaciones ocurridas, a la vez que previniendo su no repetición en el futuro. Dentro de este amplio y rico campo de iniciativas las políticas de la memoria (memoriales, monumentos, sitios de memoria) y la educación en derechos humanos, incluida la memoria sobre dichas violaciones, son las que con más fuerza impactan en las nuevas generaciones fomentando una convivencia democrática y respetuosa de los derechos humanos.

El INDH se concentra este año en el campo de la educación en derechos humanos y se reserva para el próximo informe anual el tratamiento de las políticas de memoria.

Consistente con las recomendaciones realizadas en el Informe Rettig[103], la educación formal ha ido integrando progresivamente la educación en derechos humanos en sus objetivos y contenidos. Los hechos referidos a las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos estuvieron implícitamente incorporados al currículum hasta su ajuste el año 2009[104]. Este nuevo marco curricular incorporó en el sector de aprendizaje de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, en 6° básico, I, III y IV medio, elementos que guardan directa relación con los temas de violaciones masivas y sistemáticas, como el terrorismo de Estado y el reconocimiento que el "gobierno militar infringió los derechos humanos", enmarcándolo además en el contexto latinoamericano y trabajándolo desde la memoria social. Sin embargo, los programas de estudio de III y IV medio, que son los que más profundizan en los temas de las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos de las décadas del 70 y 80, no han sido implementados, dado que no se cuenta aún con programas aprobados por el Consejo Nacional de Educación.

Por su parte, el Ministerio de Educación inició un proceso de reformulación curricular en el marco del proceso de implementación de la Ley N° 20.370 General de Educación, el que ha tenido efectos regresivos en el tratamiento de los temas de derechos humanos en general, y en particular, en el referido a las violaciones sistemáticas a los derechos humanos en la historia reciente, que afectan negativamente a las medidas de reparación simbólica, dado que se ha vuelto a una formulación genérica que dice relación con el quiebre y la recuperación de la democracia, sin mencionar en ninguno de sus elementos la violencia de Estado. El INDH ha hecho llegar estas observaciones al Ministerio de Educación[105] y al Consejo Nacional de Educación[106], para que esta situación sea corregida. Si bien el Ministerio de Educación ha modificado su propuesta original reforzando el marco de obligaciones del Estado en la garantía de derechos humanos, sólo ha entregado información parcial sobre los cambios –pese a los requerimientos de acceso al documento definitivo–[107], la que no incluye referencias a cómo se aborda el período del quiebre y recuperación de la democracia.

El currículum escolar puede profundizar más en el análisis crítico de las situaciones de vulneración de derechos humanos por parte del Estado, cumpliendo una función de garantía de no repetición. Los cambios en las bases curriculares no pueden dar pie al olvido, siendo un imperativo la explicitación de objetivos y contenidos enfocados en esta dimensión de la reparación y el fortalecimiento de una cultura respetuosa de los derechos humanos.

Pese a las limitaciones curriculares ya señaladas, los textos escolares que distribuye el Ministerio de Educación han tendido a abordar de manera breve pero explícita el tema de las violaciones sistemáticas de derechos humanos acontecidas en la dictadura militar. Este es un elemento de la política educacional que tiene un fuerte impacto en el cierre de la brecha entre el currículum prescrito y el aplicado, dado que es este instrumento el que orienta el quehacer en el aula de muchas comunidades educativas. Este material es distribuido al 93% de los establecimientos educacionales del

103 Informe Nacional de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación. Volumen I, Tomo 2, págs. 1291 y ss.
104 Decreto Supremo N° 256 y 254, de educación básica y media, respectivamente.
105 Oficio Ord. N°303, del 6 de junio de 2011.
106 Oficio Ord. N° 554 del 8 de septiembre de 2011
107 Oficio Ord. N° 673, del 7 de noviembre de 2011, en que reitera la solicitud del documento comprometido en el Oficio Ord. N° 448 del 13 de septiembre de 2011, entregado por el Ministerio de Educación.

país, dado que se hace entrega de textos tanto en establecimientos municipales como particulares subvencionados, por lo que representa un espacio de alta relevancia en la acción estatal en el campo de la educación.

En una revisión realizada por el INDH de los textos utilizados los años 2007 y 2008, así como en los vigentes el año 2011, se constató una integración de información referida a las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, tanto en los textos de educación básica como de educación media. Sin embargo, la profundidad con que se abordan los temas y el marco reflexivo de su tratamiento varían. La formación de las nuevas generaciones, si bien puede reconocer visiones historiográficas o interpretaciones del pasado reciente diferentes, no puede renunciar a las premisas de respeto a la dignidad del ser humano, siendo imprescindible que el proceso de revisión de los textos escolares sea extremadamente riguroso y sensible al enfoque de derechos humanos. En los textos vigentes al 2011, la presentación temática de la unidad incorpora de mejor manera el enfoque de derecho que versiones de años anteriores, como lo constatan los estudios realizados por el propio INDH[108]. En los textos de 2° medio, sin embargo, se produce una situación compleja derivada de los procesos de elegibilidad de textos. Así, se ponen a disposición de las escuelas textos disímiles: unos en los que las violaciones de derechos humanos apenas son mencionadas y otros en la que existen acápites específicos para ellos. Esto refuerza los espacios de discrecionalidad o la posibilidad de omisión de estos temas en algunas comunidades escolares, evidenciando que se carece de un estándar mínimo de inclusión temática y que el enfoque de derechos humanos no está siendo relevado en los criterios de evaluación de los textos escolares que distribuye el Estado.

En cuanto a la educación en derechos humanos, ésta ha encontrado como dificultad estructural la escasa formación de los docentes para la enseñanza de estas materias y enfoques. Las actuales mallas curriculares de las carreras de pedagogía no han integrado estos elementos en un espacio relevante de la formación de los futuros docentes. De hecho, de las 40 carreras de Educación Básica acreditadas, sólo tres cuentan con cursos referidos a historia chilena del siglo XX, donde eventualmente podrían recibir formación referida a las violaciones a los derechos humanos. En lo que respecta a la formación inicial docente de los/las profesores/as de enseñanza media, para el sector de aprendizaje de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, de las 31 carreras acreditadas, el 77% cuenta con uno o más cursos de formación referidos a historia reciente o contemporánea a nivel latinoamericano o chileno, pero solo cinco cuentan con curso específico de derechos humanos, aun cuando existen cursos de educación cívica o formación ciudadana en las mallas de otras siete carreras.

Adicionalmente, el Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas, dependiente del Ministerio de Educación, no ha contemplado estándares disciplinares claros[109] en materias de derechos humanos, trabajándose más bien desde una noción de valores y con total ausencia de los que refieran a la memoria histórica, relevantes desde el punto de vista de la no repetición de violaciones sistemáticas de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad.

FUERZAS ARMADAS, DE ORDEN Y SEGURIDAD

Las Fuerzas Armadas, así como Carabineros y Policía de Investigaciones cuentan con procesos regulares de formación y procesos de especialización para personal de distintos rangos. Los programas de estudio son definidos por cada una de las instituciones y ramas, de manera autónoma y sin articulación o directrices generales comunes, situación que responde a la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (art. 18).

108 Así, el texto para 6° básico (MN, pp.191-203), respondiendo al ajuste curricular, presenta en este texto el tema de las graves violaciones de manera explícita, abordándolo no solo como contenido de un hecho histórico, sino que promoviendo un análisis desde un marco respetuoso de los derechos humanos, a través de actividades de reflexión que reconocen diferentes visiones históricas y familiares sobre las cuales hay que dialogar, sin abandonar un marco de reconocimiento y respeto a los derechos humanos.

109 En el documento oficial Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Básica. Estándares Pedagógicos y Disciplinarios (Mineduc, junio 2011, pp. 129-132), se han contemplados estándares indirectamente relacionados con los temas de derechos humanos: "Comprende los conceptos fundamentales de las Ciencias Sociales relacionados con formación Ciudadana, identidad cultural y organización económica" y "Es capaz de promover en los estudiantes competencias cívicas y ciudadanas para la democracia".

En la última década, las FF.AA. han actualizado sus procesos formativos, al igual que Carabineros y la Policía de Investigaciones, con interesantes procesos de revisión curricular al menos en estas dos últimas instituciones, las que han integrado cursos específicos de derechos humanos e incluso se han hecho asesorar por órganos regionales y del sistema universal de promoción y protección de derechos.

En general, las instancias formativas en derechos humanos que se desarrollan en las FF.AA. de Orden y Seguridad abordan temas de doctrina de derechos humanos y hacen especial referencia a la Declaración Universal, excepto en Carabineros de Chile cuyos planes contemplan mayor diversidad de temáticas en derechos humanos.

Aproximadamente la mitad de las capacitaciones que se desarrollan en torno al Derecho Internacional Humanitario, incluyen a lo menos un tema de directa y explícita relación con Derechos Humanos y la Declaración Universal.

Los temas derivados de la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos y Degradante están ausentes, pese a que el Comité contra la Tortura hizo observaciones específicas sobre la formación de las FF.AA. al Estado de Chile en los años 2004 y 2009[110]. Sólo se aborda en una instancia formativa en Carabineros y no hay referencia identificable en ningún curso (ni siquiera a nivel de tema) en la formación de las Fuerzas Armadas. Adicionalmente, y pese a que hay un curso de Historia Militar, no hay mención a las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, y los programas que revisan casos no hacen referencia explícita a las situaciones vividas por nuestro país en las décadas del 70 y 80. Por lo tanto, no queda claramente establecido que los procesos formativos de las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad estén encaminados hacia las garantías de no repetición, dado que se trabajan los derechos humanos desde un enfoque discursivo y normativo ajeno al quehacer práctico y cotidiano de los uniformados. De hecho, cerca del 70% de las instancias formativas de oficiales y suboficiales no contemplan de manera explícita este tema. Esta situación es aún más aguda en el caso de la Armada y de la Fuerza Aérea, dado que en la información recabada no pudo identificarse la inclusión de temáticas del rol de las Fuerzas Armadas en el marco de los derechos humanos. Así, las obligaciones del Estado en cuanto a utilizar los mecanismos educativos como garantía de no repetición son aún débiles.

La formación de agentes de Estado, particularmente en aquellos en que se han delegado funciones que implican hacer un uso legítimo de la fuerza, requiere ser actualizada y profundizada, tanto a nivel de contenidos, como de los enfoques con que esta formación es abordada. Esta renovación curricular implica entender los derechos humanos como parte fundamental de las funciones de las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad, aplicada a sus realidades cotidianas de actuación en su función de seguridad pública, pero también en referencia a sí mismos, como ciudadanos. El reconocimiento de las violaciones de derechos humanos juega en ese sentido un papel clave para delimitar el accionar legítimo del no legítimo que tienen las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, y el establecimiento de compromisos institucionales férreos en la no repetición de este tipo de hechos, por lo que deben ser asumidos en el proceso formativo de los nuevos contingentes, en todos sus niveles, ramas y grados.

110 Comité contra la Tortura, con fecha 14 de junio de 2004, punto 7; Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo 2009, punto 13.

RECOMENDACIONES AL ESTADO DE CHILE



RECOMENDACIONES AL ESTADO DE CHILE

RECOMENDACIONES GENERALES

En cumplimiento de las facultades que otorga la Ley Nº 20.405, el INDH realiza aquí recomendaciones generales para el debido resguardo y respeto de los derechos humanos (artículo 3), que complementan aquellas que se realizan en materias específicas para cada capítulo del presente Informe Anual 2011.

Estas recomendaciones están dirigidas a todos los poderes del Estado y hacen referencia a dimensiones transversales, dentro de las que se pueden enmarcar aquellas planteadas para cada apartado. Las mismas buscan contribuir a mejorar la comprensión, análisis y gestión de materias que impactan en el ejercicio y garantía de los derechos humanos en el país.

1. **Generar información crítica en materia de derechos humanos.** No es posible evaluar áreas sensibles en derechos humanos, por carencia o insuficiencia de información especializada por parte de los organismos estatales. El INDH reitera su llamado a que los distintos poderes del Estado produzcan información en áreas y asuntos que tienen impacto en los derechos humanos, especialmente desagregada por género, edad, pertenencia étnica, necesidades especiales, orientación sexual y nacionalidad, entre otras categorías.

2. **Reforzar la institucionalidad en derechos humanos.** El Informe 2010 hizo referencia a la necesidad de fortalecer la institucionalidad en derechos humanos, la que continúa pendiente en los mismos términos. Por ello, y sin perjuicio de las recomendaciones específicas en la materia, se reiteran las siguientes recomendaciones: i) creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, ii) creación de Defensoría del Pueblo u Ombudsperson, iii) aprobación de la ley antidiscriminación acorde a estándares internacionales en derechos humanos, iv) agilizar la ratificación del Protocolo Opcional de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y de la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios.

3. **Promover una cultura de derechos humanos.** Los distintos poderes del Estado deben contribuir a consolidar una cultura respetuosa de los derechos humanos en el país. Esto requiere realizar campañas de difusión pública que fomenten el respeto a los derechos de todas las personas, sin discriminación. Además, se deben realizar de manera permanente cursos de formación en derechos humanos destinados a todas las personas que se desempeñan en la gestión pública, a los fines de garantizar su conocimiento e incorporación en las acciones que desarrolla cada ámbito específico del Estado.

4. **Implementar medidas en favor de la igualdad y la no discriminación.** Los poderes públicos deben tener en especial consideración las condiciones estructurales o circunstanciales de vulnerabilidad en que se

encuentran ciertos grupos con el fin de erradicarlas, entre otras, a través de medidas de acción afirmativa dirigidas a grupos discriminados. En particular, las mujeres, los pueblos indígenas, los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores, las personas migrantes, las personas con necesidades especiales, las personas privadas de libertad y las personas con orientación sexual o identidad de género diversas, entre otros.

5. **Fortalecimiento de mecanismos de participación ciudadana.** Es necesario que los procesos de diseño, implementación y control de políticas, planes y programas incorporen procesos de participación ciudadana, que faciliten el diálogo, la colaboración y la efectividad de los mismos.

RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS

1. DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

- Se urge a los poderes del Estado a mejorar las condiciones carcelarias. Se reitera la recomendación planteada en el Informe 2010, referida a la necesidad de que los poderes del Estado avancen en la reforma al sistema penitenciario a fin de que supere las condiciones indignas en que viven las personas privadas de libertad. Se requiere abrir una discusión pública sobre el uso racional de la pena privativa de libertad, la política penitenciaria y criminal en Chile, en busca de un modelo que proteja y garantice los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.
- El Poder Ejecutivo debe sustituir el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios a la luz de la Constitución y de los estándares internacionales en derechos humanos con el objeto de modificar toda regulación que sea contraria a estas. Debe prestarse especial atención al régimen de celdas de aislamiento.
- Tanto el Poder Ejecutivo como Legislativo deben dar urgencia a proyectos de ley que refuercen y amplíen medidas alternativas eficaces a la pena privativa de libertad.
- El Poder Ejecutivo y Legislativo deben desarrollar una política pública con recursos suficientes para garantizar mejores oportunidades de rehabilitación y reinserción.
- El Poder Judicial debe garantizar el principio de inocencia y su consecuencia procesal, la libertad provisional. En consecuencia, deberá limitarse el uso de la prisión preventiva a los casos estrictamente permitidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.
- Al igual que en el Informe 2010, el INDH reitera la recomendación referida a la necesidad de establecer tribunales con dedicación exclusiva para supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad, en especial aquellas establecidas bajo el sistema de reclusión nocturna.

2. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

- Se reitera la recomendación en orden a que el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, en consulta con los pueblos indígenas, impulsen el reconocimiento constitucional de los derechos de estos pueblos.
- El Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional deben implementar el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, incluida la consulta sobre el mecanismo de consulta, de manera de garantizar la legalidad y legitimidad del procedimiento.
- Los poderes del Estado deben garantizar el derecho de propiedad y posesión de los pueblos originarios sobre las tierras y territorios que tradicionalmente han ocupado y establecer mecanismos adecuados para su determinación, protección y restitución.
- El Poder Ejecutivo y el Legislativo deben avanzar en la creación de un estatuto de autonomía para Rapa Nui.

3. DERECHO A LA EDUCACIÓN

- El Estado, en su rol de garante del Derecho a Educación debe avanzar en reconocer y afianzar mecanismos para su exigibilidad. En este sentido, se recomienda al

Poder Legislativo avanzar en el fortalecimiento de las tutelas constitucionales del derecho a la Educación.

- A fin de eliminar los mecanismos de exclusión y discriminación existentes en el sistema educacional, las autoridades de gobierno deben adoptar las medidas necesarias para la aplicación progresiva de la enseñanza gratuita en todos los niveles. Asimismo, deben adoptarse las medidas legislativas y administrativas tendientes a prohibir mecanismos discriminatorios de selección en todos los niveles de enseñanza. Ambos esfuerzos deben estar acompañados de un proceso de fortalecimiento y mejoramiento de la educación pública en todos los niveles.
- Para garantizar el principio de igualdad en el goce del derecho a educación de calidad de grupos tradicionalmente excluidos, las autoridades parlamentarias y de gobierno deben tener especial preocupación en destinar recursos suficientes para asegurar el acceso a una educación de calidad que responda a las necesidades de comunidades como la población indígena, la población rural, las personas con necesidades educativas especiales, los privados de libertad y los adultos sin escolaridad completa.
- En el rol fiscalizador del Estado, urge que el gobierno refuerce los mecanismos de fiscalización que contribuyan a elevar la calidad de la educación que se brinda en los establecimientos educacionales, de todos los niveles educativos, para garantizar aprendizajes suficientes y relevantes para toda la población, de manera que la educación pueda cumplir con su rol de igualación de oportunidades y promoción social.
- El Estado debe promover el desarrollo, mantenimiento y la profundización de la educación en derechos humanos en los sistemas formal, informal y no formal, y evitar cualquier acción que implique un retroceso en estas materias. Se insta a las autoridades a buscar mecanismos inclusivos y de acceso universal para la implementación de acompañamiento a la convivencia escolar, de planes de educación sexual, y contención de la violencia en la escuela, así como para propiciar el reconocimiento, valoración y mantención de la diversidad cultural del país, en todos los niveles educacionales, incluyendo la educación superior.

4. DERECHO A LA MANIFESTACIÓN

- El Estado, a través de sus diversos poderes y organismos, debe fomentar un debate amplio y robusto acerca del concepto de orden público en una sociedad democrática, que resguarde el derecho a la manifestación así como los derechos de terceros.
- Los poderes legisladores del Estado deben regular mediante ley el derecho a reunión, en atención a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.
- Carabineros de Chile debe adecuar sus Protocolos y prácticas durante las manifestaciones, a estándares de derechos humanos, especialmente en relación con la detención de personas.
- En el contexto de las detenciones, Carabineros debe agilizar los procedimientos de registro y la puesta en libertad de las personas detenidas cuando corresponda.

ACCESO A LA JUSTICIA

5. RECURSOS DE AMPARO Y PROTECCIÓN: MECANISMOS DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

- Los poderes legisladores del Estado deben regular por ley los procedimientos de los recursos de protección y amparo.
- Los órganos del Estado deben garantizar la asistencia jurídica para las personas que solicitan el amparo o la protección de modo de garantizar el acceso a la justicia.

6. JUSTICIA MILITAR

- Se reitera la recomendación referida a dar pleno cumplimiento a la Sentencia en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en el sentido de restringir su competencia

material a delitos de función militar que excluya toda posibilidad de investigar y eventualmente sancionar delitos comunes, y se aplique únicamente a personal militar.

7. LEY QUE DETERMINA Y SANCIONA CONDUCTAS TERRORISTAS

- Se reitera la recomendación a los poderes colegisladores en orden a que introduzcan reformas sustantivas a la Ley N° 18.314 con el fin de adecuar dicho cuerpo normativo a los estándares internacionales que rigen en la materia. En particular, se debe restituir al juez de garantía el control de calificación de los hechos como conductas terroristas.
- Mientras dicha reforma no se materialice, los órganos del Estado deben abstenerse de invocar y/o aplicar una norma que presenta una afectación a los derechos humanos.

8. ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES

- El Poder Ejecutivo debe procurar la implementación de una política pública comprehensiva y articulada que contenga las dimensiones de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, a fin de dar una respuesta integral al problema que incluya campañas públicas permanentes.
- El Poder Ejecutivo y el Poder Judicial tienen la obligación de generar información estadística de manera tal que se pueda conocer la magnitud de la violencia y el femicidio en el país.
- Se reitera la necesidad de que el Estado promueva programas de formación en derechos humanos y género, particularmente en el Poder Judicial y el Ministerio Público.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

9. DERECHO AL TRABAJO Y DERECHOS LABORALES

- Los poderes del Estado deben reforzar, a nivel constitucional y legal, la definición del derecho al trabajo y de los derechos laborales acorde a los estándares internacionales en derechos humanos, en especial a lo establecido por la OIT en sus Convenios.
- Los poderes legisladores del Estado deben adoptar todas las medidas necesarias para erradicar toda discriminación de la normativa laboral, en especial la relacionada con el alto porcentaje de nacionales que se exige en cada empresa y con el régimen laboral de las personas trabajadoras domésticas.
- Los poderes del Estado deben reforzar la aplicación de la Ley N° 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, con medidas que aseguren su adecuada fiscalización.
- Los poderes del Estado deben adecuar la legislación para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo, especialmente la reforma normativa al artículo 381 del Código del Trabajo –que permite el reemplazo durante la huelga–, la negociación colectiva y la sindicalización.

10. DERECHO A LA SALUD

- Poder Ejecutivo debe hacer efectivo el principio de universalidad del régimen de garantías explícitas en salud en los términos de acceso, calidad, oportunidad y costo.
- El Poder Ejecutivo debe tomar las medidas necesarias para que la atención primaria de salud efectivamente constituya la base principal del sistema de salud.
- Se reitera la recomendación al Ministerio de Salud para que promulgue en el corto plazo el reglamento de la Ley N° 20.418 que Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad.

11. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE LIBRE DE CONTAMINACIÓN

- El Poder Ejecutivo y Legislativo deben acelerar la tramitación del proyecto de ley que crea los Tribunales ambientales, para canalizar las demandas y resolverlas en cortes especializadas.
- Resulta urgente que el Poder Ejecutivo promulgue y publique el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) de manera que la participación ciudadana en la evaluación de los proyectos, políticas o normas ambientales o que tengan impacto ambiental, se garantice de acuerdo con las disposiciones de la legislación ambiental.
- En materia de derecho a la información, el Poder Ejecutivo debe garantizar y proteger el derecho de la población en general y de las comunidades que pudieran verse directamente afectadas por proyectos de inversión, a acceder a información comprensible respecto de los impactos ambientales que estos pueden provocar. Entre otras medidas, es necesario que el Sistema Nacional de Información Ambiental alcance su pleno desarrollo de acuerdo a las exigencias que establece la ley.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

12. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON NECESIDADES ESPECIALES

- Todos los poderes del Estado deben garantizar la efectiva implementación de la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad. En ese contexto se deben aprobar dentro de un plazo razonable los reglamentos pendientes de manera de completar el marco normativo.
- El Poder Ejecutivo debe garantizar que los principios de vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social sean efectivamente respetados a fin de asegurar la inclusión social, y fiscalizar su efectiva aplicación.
- El Poder Ejecutivo debe garantizar que el Plan Nacional sobre las personas con necesidades especiales considere la difusión de la Declaración Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley N° 20.422.

13. DERECHOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

- El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben reformar los mecanismos y procesos de interdicción que afectan a las personas mayores de manera que estos cumplan con los estándares internacionales en la materia.
- El Poder Ejecutivo debe revisar la legislación que regula el ingreso a establecimientos geriátricos o de larga estadía, para que el procedimiento tenga en cuenta la voluntad de las personas adultas mayores directamente involucradas.
- El Poder Ejecutivo requiere revisar la política pública a los fines de dar especial atención, dentro del grupo de personas adultas mayores, a aquellos factores que refuercen su vulnerabilidad –como el sexo, la pertenencia étnica y la situación socioeconómica–.

14. DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

- Se recomienda el debate y la adopción de una nueva legislación migratoria actualizada conforme a los estándares de derechos humanos en la materia. El Poder Legislativo debe tener en cuenta durante la discusión del proyecto a las organizaciones de migrantes y de las organizaciones de la sociedad civil especialistas en la materia.
- El Poder Ejecutivo y el Poder Judicial deben avanzar en la producción de información sobre la situación de la población migrante que incluya estimaciones sobre la población migrante en situación irregular, desagregada por sexo y nacionalidad, entre otras.
- El Poder Ejecutivo debe impulsar una fiscalización activa que prevenga la vulneración de derechos de la población migrante, particularmente aquella que no tiene

su situación migratoria regularizada. Especial atención debe darse a las relaciones laborales, así como al cumplimiento de las disposiciones en salud y educación.

- Respecto de la población que solicita refugio en Chile, se reitera al Poder Ejecutivo el deber de garantizar que todas las personas que señalan tener una necesidad de protección internacional puedan acceder al territorio y al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado. Igualmente, el gobierno debe continuar con el programa de reasentamiento solidario reanudando las misiones para identificar refugiados/as en la región que podrían reasentarse en Chile.

15. TRATA DE PERSONAS

- El Poder Ejecutivo debe crear un registro único de información sobre la Trata de personas en el país, y desarrollar estudios cualitativos sobre las características y condiciones particulares del problema.
- El Poder Ejecutivo debe desarrollar campañas sostenidas que sensibilicen a la población sobre el fenómeno e informen a las víctimas sobre sus derechos y posibilidades de protección por parte del Estado.

16. DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

- Los poderes del Estado deben generar información actualizada acerca de la situación del trabajo infantil en Chile para establecer un diagnóstico adecuado y adoptar las medidas correspondientes.
- Se reitera la recomendación en orden a que los poderes del Estado adopten medidas administrativas, judiciales y legislativas pertinentes y eficaces con el objeto de erradicar el trabajo infantil, con particular énfasis en las formas de explotación económica, laboral y sexual de niños, niñas y adolescentes.
- Los poderes públicos deben resguardar el principio de inocencia y el derecho a la libertad provisional de manera de restringir el uso de la prisión preventiva en el marco de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Asimismo, los poderes públicos deben garantizar que las sanciones en casos de infracción a la ley, respondan a los fines socioeducativos y de plena integración social que la informan.
- El Poder Ejecutivo debe reforzar y ampliar los programas y planes de rehabilitación y resocialización de menores, de manera de prepararlos para su plena integración en la sociedad.

17. DIVERSIDADES SEXUALES

- Se reitera al Poder Ejecutivo y al Legislativo la necesidad de avanzar en el reconocimiento de los derechos civiles de estas personas. El Poder Legislativo debe mantener las categorías sospechosas de discriminación aceptadas en materia de derechos humanos.
- Se insta al Poder Legislativo a reponer en el proyecto de ley sobre discriminación la adopción de medidas afirmativas que ayuden a transitar hacia una igualdad sustantiva y el pleno ejercicio de los derechos de estas personas.
- El Poder Ejecutivo debe realizar campañas públicas que contribuyan a modificar los mitos y estereotipos sobre la orientación sexual y la identidad de género que están en la base de la violencia y la discriminación que afecta a las personas sexualmente diversas.

VIOLACIONES MASIVAS, SISTEMÁTICAS E INSTITUCIONALIZADAS A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERIODO 1973-1990

18. VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIONES

- Los Poderes Ejecutivo y Legislativo deben garantizar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, y en esta perspectiva fortalecer la institucionalidad gubernamental a fin de garantizar una gestión coordinada y permanente de estas políticas.
- El INDH reitera la recomendación en orden a dar cabal cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH en el

caso Almonacid Arellano, asegurando que se prive de todo efecto jurídico al Decreto Ley de Amnistía.

- En la perspectiva de garantizar el acceso a la justicia de víctimas y familiares, se insta a los tribunales superiores de justicia de abstenerse de aplicar la institución de la media prescripción que vulnera el principio de imprescriptibilidad de estos crímenes internacionales.
- Los tres poderes del Estado deben garantizar a las víctimas y familiares el derecho a una reparación integral, incluida la indemnización civil.
- El Poder Ejecutivo debe avanzar decididamente en la integración explícita de la educación en derechos humanos, a nivel curricular y de prácticas de aula, en todos los niveles y ámbitos de enseñanza, incluidas las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad.

INFORME DE GESTIÓN



INFORME DE GESTIÓN

La presente sección brinda información y rinde cuentas respecto a los distintos ámbitos de gestión del INDH en su labor de promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habitan el territorio de Chile. En la primera parte, se presenta una síntesis de algunas definiciones y estrategias organizacionales que permiten ofrecer un relato de fondo al desarrollo de los productos y al cumplimiento de los objetivos estratégicos acordados por el Consejo del INDH. Posteriormente se da cuenta de lo realizado en distintas materias relativas a la gestión interna.

El año 2011 ha sido un año clave para el INDH, ya que junto con continuar el proceso de instalación, iniciado en julio de 2010, comenzaron a desarrollarse los productos que, a través de las diferentes Unidades, propenden al cumplimiento de los objetivos estratégicos.

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS DEL INDH

- Integrar en su gestión diversas perspectivas vinculadas a los derechos humanos.
- Articular a nivel nacional un sistema eficaz de seguimiento y defensa de los derechos humanos.
- Ampliar la comprensión social de los derechos humanos en todas sus dimensiones.
- Articularse y cooperar con las redes de actores de derechos humanos en la sociedad civil.

Para el desarrollo de los productos, se ha trabajado con definiciones estratégicas que consideran una primera etapa trianual (2011-2013), compuesta por tres fases:

Instalación inicial (2010)	→	Instalación, líneas bases y diseños piloto preliminares (2011)	→	Diseños piloto, marchas blancas e implementaciones (2012)	→	Evaluaciones, rediseños y cierre de primera etapa (2013)

Se considera que el desarrollo consecutivo de las fases anuales permitirá el cumplimiento de la cadena lógica de resultados de la primera etapa del INDH, velando por el cumplimiento de la Ley N° 20.405 que regula el quehacer del Instituto, así como de los *Principios de París*, que orientan desde el ámbito internacional la definición de estándares para el funcionamiento de las instituciones nacionales de derechos humanos.

En dicho marco, el año 2011 correspondió a un año de instalación, definiciones de líneas bases y diseños piloto preliminares, es decir, a la formulación de los cimientos sobre los que se desarrolla el trabajo, tanto en términos de infraestructura, personal y demás aspectos de la estructura organizacional, como en términos de las temáticas y funciones que corresponden al INDH, en materias tan diversas como las que se consideran en el presente Informe.

La gestión del INDH durante el año 2011 estuvo atravesada por los distintos hitos de la contingencia. Ello requirió que a la planificación inicial se sumaran iniciativas que respondieran de manera oportuna a la coyuntura, en materia de manifestaciones sociales, violencia policial, demandas del pueblo mapuche, resultados de la Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, y los distintos debates de leyes a nivel parlamentario.

1. INSTALACIÓN Y POSICIONAMIENTO DEL INDH

De acuerdo a lo establecido en la ley, el **Consejo del INDH** es la instancia de dirección superior de la institución[1]. Para el desarrollo de sus tareas, durante el año 2011 se realizaron, al 31 de octubre, más de 46 sesiones de trabajo, y se constituyeron tres comisiones internas de trabajo: Comisión sobre situación carcelaria, Comisión sobre pueblos indígenas y Comisión sobre reglamentos.

Asimismo, durante el presente año, el Consejo del INDH, en el marco de sus atribuciones legales, aprobó un conjunto de reglamentos internos y políticas institucionales que forman parte del proceso de consolidación del Instituto. Las normas internas aprobadas por el Consejo fueron: el Reglamento de funcionamiento del Consejo, el Reglamento Orgánico de Estructura y Funcionamiento Interno, el Reglamento de Personal, el Reglamento de Orden Higiene y Seguridad, el Reglamento de Funcionamiento del Registro de Instituciones Vinculadas a la Defensa y Promoción de Derechos Humanos, y el Reglamento del Premio Nacional de los Derechos Humanos. Por su parte, las políticas internas aprobadas fueron la referida al otorgamiento de patrocinio y colaboración; el protocolo de atención de casos; la política de seguimiento legislativo, y el Programa de Seguimiento y Control de la Violencia Policial

Por su parte, se aprobaron un conjunto de declaraciones y resoluciones sobre diversos temas atingentes a la labor del INDH, tales como:

- Declaración pública del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Rapa Nui y las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (08/02/11)
- Resolución del Consejo sobre convivencia de parejas del mismo sexo. (28/0211)
- Declaración pública del Instituto Nacional de Derechos Humanos "Medidas para disminuir el hacinamiento en los recintos penitenciarios del país". (15/03/11)
- Declaración pública respecto al proyecto de Ley para reducir el hacinamiento carcelario. (18/0411)
- Declaración pública del Instituto Nacional de Derechos Humanos tras visita de una delegación de consejeros de la entidad, al suboficial Mauricio Muñoz Nuñez, hospitalizado en Hospital de Carabineros. (25/05/11)
- Declaración Instituto Nacional de Derechos Humanos Rechaza Aplicación de la Ley Antiterrorista. (25/05/11)
- Declaración pública "INDH llama a las autoridades policiales a respetar derechos de las personas". (05/08/11)
- Declaración pública "INDH hace llamado a asumir oportunidad histórica para mejorar la educación en Chile". (16/08/11)
- Declaración pública "Consejeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos le responden a Pamela Pereira". (02/08/11)
- Declaración pública "Reconocimiento a la labor realizada por la Comisión Asesora para la calificación de detenidos desaparecidos, ejecutados políticos y víctimas de prisión política y tortura". (29/08/11)

Respecto a los Estatutos del INDH, durante el año 2011 se continuó la tramitación del decreto presidencial aprobatorio de los mismos, y luego de concordar un nuevo texto con los representantes del Ministerio de Justicia y del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, incorporando las observaciones presentadas por la Contraloría General de la República, con fecha 18 de octubre se ingresó al organismo contralor el Decreto N° 618 para el trámite de toma de razón, el cual se encuentra pendiente.

En **materia internacional**, el INDH ha colaborado –en el ámbito de sus atribuciones– con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado debe presentar a los comités y órganos de control de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de las demás instituciones regionales. De este modo, se presentó un Informe Complementario ante el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, con el objeto de contribuir al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, al tiempo que se envió a la Comisión Interamericana de Derechos

1 Cabe señalar que con fecha 18 de julio de 2011, la Sra. Pamela Pereira Fernández presentó su carta de renuncia al cargo de Consejera del INDH, siendo esta, aceptada por unanimidad en la Sesión Ordinaria N° 52 del Consejo, en conformidad a lo establecido en el artículo 6 de la Ley Nº 20.405.

Humanos (CIDH), por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, las respuestas al Cuestionario Defensores y Defensoras de Derechos Humanos. Además, en el marco del mandato de cooperación con las Naciones Unidas, se envió a las relatorías pertinentes la declaración referida al derecho a la educación del INDH, y se comprometió, para el mes de noviembre del 2011, la visita del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Ben Emmerson, en cooperación con la Oficina para América del Sur del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH).

Por otra parte, como apoyo al trabajo de las Unidades internas del INDH, se ha desarrollado una **política de convenios de colaboración e intercambio** tanto con instituciones estatales, como con universidades y organizaciones de la sociedad civil, cuyos resultados se muestran a continuación.

CONTRAPARTE	TIPO/TEMA
Departamento de Estadísticas e Información en Salud, DEIS, (Ministerio de Salud)	Marco para compartir información
Instituto Nacional de Estadísticas (INE)	Marco para compartir información
Policía de Investigaciones (PDI)	Marco para compartir información y realizar actividades de interés común
Gendarmería de Chile	Marco para compartir información y realizar actividades de interés común
Universidad de Chile	Marco para actividades de interés común
Universidad Central	Marco para actividades de interés común
Biblioteca del Congreso Nacional	Marco para compartir información
Consejo para la Transparencia	Marco para compartir información y realizar actividades de interés común (en proceso)
Instituto de Estudios Políticos – Lille, Francia	Marco para prácticas profesionales
Universidad de Playa Ancha	Marco para actividades de interés común
Universidad de Santiago de Chile (USACH)	Marco para actividades de interés común
Universidad Diego Portales	Marco para actividades de interés común
Universidad de Chile-Facultad de Derecho	Marco para actividades de interés común
	Anexo, currículos de carreras de Derecho
	Anexo Diplomado DDHH
	Anexo Investigación mecanismos de tutela ddhh
Universidad de Talca	Marco para actividades de interés común
Corporación Villa Grimaldi	Marco para actividades de interés común
Universidad de Santiago de Chile/Universidad de Chile	Anexo Tripartito para seminario internacional
Corporación Opción	Marco para actividades de interés común
Defensoría Penal Pública	Marco para actividades de interés común
Corporación de Asistencia Judicial (CAJ)	Marco para actividades de interés común
Universidad Alberto Hurtado	Marco para actividades de interés común
	Anexo programa Defensores
Museo de la Memoria	Marco para actividades de interés común
Fundación Ford	Marco para actividades de interés común
Universidad de Chile/Museo de la Memoria/Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos de Paine/Corporación Paine Un Lugar para la Memoria	Anexo, convenio para la realización de microbiografías

Parte de los avances alcanzados en el 2011 por el INDH se basan en información oportuna y de calidad brindada por parte de las distintas Unidades, y que se materializa en minutas, documentos de análisis e informes en derecho, entre otros. En esta línea, a mediados de junio, el INDH dio a conocer los resultados de la Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, la que permitió relevar interesantes datos para establecer líneas bases, a la vez que conocer opiniones, ideas y prejuicios de la ciudadanía en materia de derechos humanos.

En el **ámbito legislativo** el conocimiento oportuno de la actividad del Congreso ha sido clave para poder potenciar la función de incidencia. El INDH ha participado como observador en Comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados en las que se discutieron proyectos de ley relevantes en el campo de los derechos humanos, se ha vinculado con actores de todas las bancadas parlamentarias, ha mantenido reuniones específicas con actores legislativos, y tanto la Directora, como algunos Consejeros y profesionales de la institución, han participado como expositores en distintas Comisiones. Asimismo, se han generado 22 Boletines Semanales que contienen el resumen del trabajo en las Comisiones en las que se ha participado, los resultados en Sala y los nuevos proyectos de ley ingresados a tramitación.

La actividad de seguimiento legislativo, además de las temáticas generales pertinentes, ha abordado con especial énfasis la tramitación del proyecto de ley contra la discriminación, la discusión de la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas; los informes sobre condiciones carcelarias, especialmente en la Comisión de derechos humanos del Senado, y la situación relativa a Justicia Militar, en la Comisión de derechos humanos de la Cámara de Diputados.

En términos **comunicacionales** se desarrolló un conjunto de acciones para visibilizar la labor del INDH. Se realizó un video institucional, el cual, al 31 de octubre, había sido visto por 58.737 personas en las salas del Cine Hoyts, 1.553 veces en YouTube, a la vez que fue difundido por SubTV en las líneas 1, 2, 3, 4, y 5 del Metro de Santiago y en Chilevisión (de manera gratuita). Asimismo, al 31 de octubre, se habían elaborado 59 comunicados, 13 declaraciones de prensa sobre temas contingentes y 30 columnas de opinión, y se desplegó un trabajo de fortalecimiento de redes de prensa a los fines de aumentar el impacto de la labor del INDH. Lo anterior ha ido acompañado por una creciente difusión y participación en las **redes sociales:** sitio web, Facebook y Twitter. En el caso del sitio web, se ha realizado un proceso de mejora continua de la estrategia digital, lo que ha ido a la par de un fuerte incremento de las visitas a www.indh.cl, sumando para el período enero-octubre, 36.920 visitas, las que además del sitio de inicio (home), registra visitas principalmente en la sección de "redes de organizaciones" e "historia". En el territorio nacional, las visitas al sitio web provienen en su gran mayoría de la ciudad de Santiago (86%). El 14% restante proviene de las ciudades de Valparaíso, Viña del Mar, Concepción y Temuco. Además, un 10% visita el sitio desde otros países de América, principalmente, desde México, Argentina, Colombia y Estados Unidos, así como de Europa, en países como España, Alemania e Inglaterra. Por su parte, los seguidores de Facebook aumentaron de 107 en enero a 1.556 en octubre, acompañado de un incremento sustancial del número de comentarios, lo que ha permitido ir construyendo lazos con una parte de la ciudadanía. A octubre se contaba con 2.122 seguidores en Twitter.

2. DESARROLLO DE LÍNEAS DE TRABAJO INTERNO

Para lograr la consecución de las metas propuestas, el trabajo interno se ha organizado en torno a seis programas que apuntan a desarrollar cabalmente el mandato legal del INDH y los objetivos estratégicos definidos por el Consejo.

Educación en derechos humanos: en este programa se avanzó en la elaboración de diagnósticos, bases de datos y líneas bases que permitan conocer el estado de situación general y en ámbitos específicos de la educación en derechos humanos (EDH), tanto en las líneas de enseñanza escolar; funcionarios públicos; Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad y educación superior. En particular, se avanzó en el diagnóstico y elaboración de propuestas sobre la integración de la educación en derechos humanos en carreras clave para los derechos humanos como las carreras de educación y derecho. Paralelamente, se trabajó en la identificación de iniciativas de derechos humanos en el quehacer de las universidades. Por

último, en materia de producción y gestión del conocimiento se avanzó en la formulación de un curso de capacitación para educadores/as en derechos humanos, en la realización de un seminario internacional de educación superior y la elaboración de un libro sobre derecho a la educación.

Promoción de los derechos humanos: en este programa se avanzó en la elaboración de contenido (minutas, informes, indicadores) sobre temas atingentes a la labor del INDH tanto en sus líneas permanentes de trabajo (como el derecho a la salud o los derechos laborales), como aquellos relevados por la coyuntura (como las uniones de hecho o la ley antiterrorista). Dicho contenido ha posibilitado avanzar en acciones que permitan promover los derechos humanos a través de materiales de difusión pública como cartillas informativas, tales como "Los derechos humanos son exigibles", "Defensores de derechos humanos", "Beneficios establecidos por ley a las víctimas y familiares de violaciones ocurridas durante la dictadura";"El derecho a manifestarse en paz" y;"Derechos de las personas migrantes", encontrándose en elaboración la serie sobre derechos de las personas con necesidades especiales. También se avanzó en la promoción de derechos para sectores discriminados: personas con necesidades especiales, migrantes, refugiados y pueblos originarios, comenzando por la revisión y catastro de organizaciones e instituciones que han desarrollado materiales especializados. Por último, se ha destacado el trabajo de defensa y promoción de los derechos humanos a través de la instauración del Premio Nacional de los Derechos Humanos.

Protección de los derechos humanos y acceso a la justicia: los avances en este programa se concentraron en la elaboración del Informe Anual 2011 que da cuenta de la situación de los derechos humanos en el país. En este ámbito también hubo avances importantes en la implementación del plan piloto de seguimiento y monitoreo de las manifestaciones sociales y la violencia policial, así como en la realización de estudios en materia de mecanismos de tutela de derechos, violencia policial, sistematización de políticas de reparación, y sobre el estado de la reconstrucción post terremoto. También se registraron avances en iniciativas de orden judicial para colaborar en el reconocimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de los tribunales superiores de justicia. En complemento a ello, se avanzó en el acopio de jurisprudencia, estudios y sistematización de sentencias de primera y segunda instancia, y de la Corte Suprema, sobre violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos del pasado. A la vez, se realizaron Informes Complementarios, en particular, sobre migrantes.

En materia de atención, registro y derivación de casos, la creciente visibilización del INDH y su labor ha incrementado la cantidad de personas que acudieron al Instituto para la resolución de problemas e inquietudes de diversa índole. El INDH atendió durante el 2011 más de 759 **solicitudes de la ciudadanía.** Al respecto, un número importante de consultas fueron por causas de competencia de los Tribunales Laborales, Civiles y de Familia. El mayor número de reclamos se concentró en los últimos días de agosto en relación a los resultados de la Comisión Asesora para la Calificación de Casos de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, por falta de información para ubicarse en las nóminas, y para conocer los beneficios y tramites, razón por la cual el INDH decidió elaborar una cartilla informativa que fue difundida en todo Chile. También hubo consultas sobre los llamados a concurso para cargos en el INDH y solicitudes para incorporarse a las redes sociales del INDH (Facebook y Twitter), así como interés de tesistas, practicantes y personas voluntarias por colaborar con el INDH.

Dado el aumento creciente de las consultas, y considerando que el INDH no cuenta con un equipo que pueda dedicarse por completo a la tramitación de casos, se ha trabajado en una política de convenios de derivación de casos con instituciones y organismos expertos en las materias consultadas por la ciudadanía, como por ejemplo, con la Corporación de Asistencia Judicial, lo que permite además tener presencia en las Regiones de O'Higgins, Maule, Biobío y Magallanes.

Fortalecimiento de la participación de la sociedad civil en derechos humanos: en este programa los avances dicen relación con la realización de **Diálogos Regionales** que han permitido al INDH acercarse a las organizaciones y conocer sus opiniones y trabajo en derechos humanos en distintas regiones del país, a fin de delinear una estrategia de creación de redes. Los Diálogos Regionales han permitido tomar contacto con 209 organizaciones de la sociedad civil, permitiendo acceder a información regional y posibilitando identificar a

organizaciones con experticia y capacidad institucional en materia de derechos humanos. Del mismo modo, los Diálogos Regionales han permitido constatar que, si bien en gran parte de las regiones se reiteran los temas de trabajo y preocupación, existen especificidades locales de la vida asociativa, lo que ha fortalecido el conocimiento de las particularidades regionales por parte del INDH. Así se constató en las Regiones de Arica y Parinacota (marzo), La Araucanía (mayo), Biobío (julio), Antofagasta (julio), Valparaíso (agosto) y Del Maule (octubre). Cabe señalar que estas instancias de diálogo con organizaciones de la sociedad civil han servido para difundir los contenidos del Informe Anual 2010 y enriquecer los contenidos de su versión 2011. Por último, resulta relevante mencionar la amplia participación de organizaciones relativas a diferentes tipos de necesidades especiales, lo que a su vez constituyó una sorpresa para otras organizaciones de derechos humanos.

Fortalecimiento de la memoria histórica: en este programa se ha avanzado en la identificación y sistematización de organizaciones, personas, publicaciones académicas y recursos multimediales en torno a la memoria con la finalidad de relevarlas, visibilizarlas y difundirlas. Se ha realizado un trabajo con comunidades de memoria para la elaboración de alrededor de 70 microbiografías de defensores y defensoras de derechos humanos. A su vez, se incluyó como acápite especial en el estudio sobre educación en derechos humanos en el sistema escolar, un análisis sobre la memoria en la educación. Por otra parte, se han conferido patrocinios a diversas entidades para la realización de acciones vinculadas a la memoria. Entre ellos se cuenta el patrocinio otorgado al Servicio Médico Legal para la realización de dos jornadas de capacitaciones sobre el Protocolo de Estambul y sobre la documentación médica para la evaluación de casos de tortura y maltrato; el patrocinio conferido al "Consejo de usuarios Prais y derechos humanos Talcahuano-Hualpén Alejandro Arévalo" para realizar una postulación a financiamiento para erigir un memorial en el Cementerio Municipal número 2 de Talcahuano a víctimas de violaciones de derechos humanos; y el patrocinio conferido a la Agrupación Metropolitana de ex Presos/as políticos para postular a financiamiento de FONDART para la implementación de un Museo Fotográfico de la Escotilla 8 del Coliseo, en el Estadio Nacional.

Asimismo, en el marco de la facultad del INDH contendida en el Art. 3° N° 6 de la Ley N° 20.405, de custodiar y guardar en depósito los antecedentes reunidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación; el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior; la Comisión de Prisión Política y Tortura y; la Comisión Asesora para la calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, se hicieron diversas gestiones ante el Ministerio del Interior para conseguir el traspaso de los antecedentes indicados. En el mes de septiembre de 2011 el INDH recurrió a la Contraloría para solicitar un pronunciamiento sobre las facultades del Instituto para acceder a toda la información requerida, frente a las dudas planteadas por el referido ministerio respecto al alcance del secreto contenido en la Ley N° 19.992.

Por último, en relación a este punto se llevó a cabo un proceso de selección de profesionales que incluyó el perfil de un/una profesional para organizar, planificar y gestionar el Centro de Documentación del INDH, entre cuyas funciones se encuentra la de elaborar una política de gestión y análisis de los documentos y antecedentes que el INDH debe recabar, con el objeto de poder ordenar y sistematizar toda la información que se reúna sobre temas de violaciones a los derechos humanos en dictadura.

Desarrollo institucional: a lo largo del año se realizaron dos procesos de selección de personal, donde se concursaron un total de 20 cargos, consolidando una planta profesional de 32 personas, entre los que se cuentan las jefas de la Unidad de Estudios y de la Unidad de Administración y Finanzas, y el jefe de la Unidad Jurídica-Judicial, y los profesionales que integran las diferentes Unidades. Todo ello ha permitido contar con un staff de profesionales altamente profesionalizado, quienes en un 59,3% cuentan con magister o doctorado, realzando un trabajo que pese a lo insuficiente de los recursos, ha logrado importantes resultados. Por otra parte, se desarrolló el plan informático y se pusieron en marcha sistemas de gestión de personal, contabilidad y finanzas.

Respecto a la **transparencia y el acceso a información pública,** durante el año 2011 se dio cumplimiento a los requerimientos sobre transparencia activa exigidos por la

Ley Nº 20.285 sobre acceso a la información pública, lo que fue constatado luego de una fiscalización efectuada por el Consejo para la Transparencia, en la que determinó que el nivel de cumplimiento de los estándares legales en esta materia fue de un 98,85%[2]. En lo relativo a la transparencia pasiva se elaboró un procedimiento y una base de datos para registrar y tramitar las solicitudes que se encuentra en funcionamiento. Por último, cabe señalar que ambas instituciones están en proceso de firmar un convenio marco de colaboración para realización de acciones de interés común.

En términos de planificación, seguimiento y monitoreo, a fin de garantizar un cumplimiento eficaz de las metas del INDH se han establecido procedimientos de planificación y monitoreo basados en trabajo de gestión colaborativa alojados en plataformas web (wikis), instancias de intercambio y coordinación (comités técnicos), y software de apoyo a la gestión (reportes ejecutivos, minutas temáticas, entre otros).

3. EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

De enero a octubre de 2011 el presupuesto del INDH tuvo un comportamiento diferenciado, siendo intensivo en gasto en personal los primeros meses mientras se consolidaba el equipo de profesionales contemplado para este año. Luego esta tendencia cambió y comenzó a crecer en forma sostenida el gasto en bienes y servicios que responde a la consolidación de los aspectos físicos y logísticos de la institución y la contratación de estudios e investigaciones, lo que corresponde al cumplimiento de los objetivos estratégicos y metas definidas para el año.

	PRESUPUESTO ($)	EJECUCIÓN ($)	PORCENTAJE DE EJECUCIÓN
GASTOS(*)	1.436.903.000	1.016.190.667	70,72
GASTOS EN PERSONAL	946.542.000	751.327.867	79,38
Remuneración Código del Trabajo	763.822.981	598.726.494	78,39
Comisiones de servicio	20.000.000	15.775.066	78,88
Honorarios a Suma Alzada	84.719.019	83.473.671	98,53
Dietas de Consejeros	78.000.000	53.732.636	68,89
BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO	448.761.000	248.728.505	55,43
Gastos para funcionamiento	184.604.536	138.904.950	75,24
Publicidad y Difusión	64.589.480	29.903.501	46,30
Servicios Técnicos y Profesionales	199.566.984	79.920.054	40,05
ADQUISICIÓN DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	32.600.000	16.134.295	49,49
Mobiliario y Otros	7.106.000	4.497.702	63,29
Máquinas y Equipos	2.000.000	1.956.099	97,80
Equipos Informáticos	11.170.000	5.218.162	46,72
Programas Informáticos	12.324.000	4.462.332	36,21

(*): Al 31 de octubre de 2011.

2 Información entregada por el Consejo para la Transparencia el 21/02/2011, por la cual remite informe sobre fiscalización del cumplimiento de las normas sobre transparencia activa establecidas por la Ley Nº 20.285.

4. USO DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

El porcentaje de compras realizadas por el Sistema de Mercado Público fue de 97,2%. El 72,9% de las compras fue realizado por licitaciones directas e indirectas; seguido por los tratos directos en un 14,1% (por monto menor a 10 UTM), y convenios con Universidades reconocidas por el Estado en un 6 %.

TIPO DE COMPRA(*)	MONTO ($)	N° DE OPERACIONES	PORCENTAJE POR MONTO	PORCENTAJE POR TIPO DE OPERACIONES
Convenio Marco	79.441.461	158	32,69	58,74
Licitaciones Públicas	90.290.291	38	37,15	14,13
Convenios con Universidades	42.433.333	15	17,46	5,58
Trato Directo por costo menor a Convenio Marco	377.825	1	0,16	0,37
Trato Directo Urgencia	2.795.128	1	1,15	0,37
Trato Directo Proveedor Único	20.155.855	16	8,29	5,95
Trato Directo por monto menor a 10 UTM	4.871.178	38	2,00	14,13
Trato Directo por Servicios Conexos	2.678.062	2	1,10	0,74
SUB TOTAL GASTOS VÍA MERCADO PÚBLICO	243.043.133	269	100,00	100,00
Gastos menores	7.033.156	25		
Gastos Básicos y Arriendos	11.339.037	0		
Reembolso pasajes y permisos de circulación	3.447.474	61		
Gasto en Personal	751.327.867	0		
TOTAL GASTO INDH	1.016.190.667	355		

(*): Al 31 de octubre de 2011.

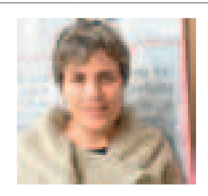
AGRADECIMIENTOS

El INDH quiere agradecer a aquellas personas que han contribuido a la elaboración de este informe:

Juan Pablo Aristegui, Manuel Canales, Leonor Cifuentes, Cath Collins, Camila González, Dominique Hervé, Domingo Lovera Parmo, Valentina Maturana, Guillermo Pérez, Patricia Rada, y Paola Vasconi.

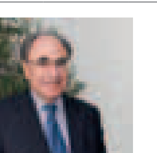
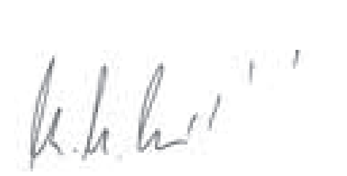
También agradece a las organizaciones no gubernamentales, sociales y de víctimas de violaciones a los derechos humanos, por la información entregada.

CONSEJO INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

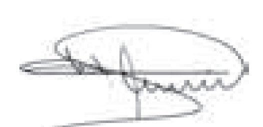



Lorena Fries Monleón

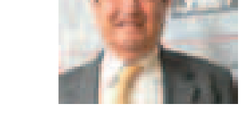
Directora Instituto Nacional de Derechos Humanos

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg



Luis Hermosilla Osorio




Luis Eugenio Díaz Corvalán



Enrique Núñez Aranda




Sergio Fuenzalida Bascuñán



Manuel Núñez Poblete




Roberto Garretón Merino



María Luisa Sepúlveda Edwards



Claudio González Urbina